

Privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung
der deutschen Gemeinden.
Zugleich ein Beitrag zum
allgemeinen Organisationsrecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westfalen)

vorgelegt von
Gerichtsreferendar Ulrich ECKHARDT
aus Bexten (Ems) Post Salzbergen
1961

1960

Druck:

Ernst - Reuter - Gesellschaft
der Förderer und Freunde der Freien Universität a.V.

Dissertationen - Druckstelle

Berlin-Dahlem, Garystr. 45, Tel.: 76 52 61, App. 608

Privatrechtsgeschäftliche Außenvertretung
der deutschen Gemeinden.
Zugleich ein Beitrag zum
allgemeinen Organisationsrecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westfalen)

vorgelegt von
Gerichtsreferendar Ulrich ECKHARDT
aus Bexten (Ems) Post Salzbergen
1961



Dekan: Professor Dr. Rudolf GMÜR

Erster Berichterstatter : Professor Dr. Hans J. WOLFF

Zweiter Berichterstatter : Professor Dr. Karl ZUHORN

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1960

Inhaltsübersicht

Seite:

Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XIX

I. Kapitel. Grundlegung

§ 1. Der Begriff der Außenvertretung	1
§ 2. Typologie der Gemeindeverfassungen	4
I. Die Funktion des Verwaltens	4
II. Institutionstypen	5
III. Verfassungstypen	5
§ 3. Theorie der Vertretung	6
I. Zurechnung und Zuordnung	6
II. Der Grund der Zurechnung	9
III. Selbstverwirklichung und Fremddarstellung	11
IV. Vertretungsmacht	13
V. Quellen der Zuständigkeit oder Vertretungsmacht	13
a) Organ und Organwalter	13
1. Originäre Organwalter	14
2. Ersatzwalter	14
b) Die echte Delegation	15
1. Die gesetzliche Delegation	17
2. Die delegatio a iure	17
3. Die fiktive Delegation	17
4. Die konservierende Delegation	18
c) Das Mandat	20
d) Die Stellvertretung	22
e) Die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins	23
1. Scheinvollmacht und Zuständigkeitsvermutung	23
2. Voraussetzungen der Scheinvollmacht	24
3. Vollmacht kraft schlüssigen Verhaltens und Duldungsvollmacht	25
f) Die Notzuständigkeit	26

§ 4. Zurechnung und Zuordnung	26
I. Vorbemerkung:	
Die gedankliche Ausgangs-	
stellung	26
II. Zurechnung oder Zuordnung	27
a) Organwalter	27
b) Delegatar-Walter	27
c) Mandatar	27
d) Bevollmächtigter	27
III. Ergebnis	28
§ 5. Der Stufenbau der Wahrnehmungszuständigkeiten	29
§ 6. Schranken der Zurechnung und Zuordnung	31
I. Das Problem der sog. "Willensbildung"	31
a) Das Organ	31
1. Zurechnungssperre	31
2. Zuordnungssperre	32
b) Das Verhältnis zwischen Willensbildung und Erklärung; der Begriff der Verwaltung	34
II. Organkonstruktionen	39
a) Die organologische Identitätslehre	39
b) Die Untervertretungstheorie	40
c) Die Funktionstheorie	41
d) Eine Theorie der inneren Organstruktur	42
1. Organ und Organteil	43
2. Einfaches und zusammengesetztes Organ	47
e) Unwesentliche Organarten	48
1. Selbständiges und un-	
selbständiges Organ	48
2. Abhängiges und unab-	
hängiges Organ	48
3. Mittelbares und un-	
mittelbares Organ	49

4. Primäres und sekundäres Organ	50
5. Oberstes und nachgeordnetes Organ	50
6. Oberes, mittleres und unteres Organ	51
f) Die Behördeneigenschaft eines Organs	51
1. Der Begriff der Behörde	51
2. Behörde und Organ	55
3. Ergebnis	56
III. Wirksamkeitsbedingungen für Organakte	56
a) Vorbemerkung: Die gedankliche Ausgangsstellung	56
b) Das Zusammenwirkgebot	57
1. Gemeinsamkeit	57
2. Zustimmungsbefähigung	57
3. Verbindliche Stellungnahme	58
c) Organisatorische Organverbindungen	58
1. Eingliederung	58
2. Beiordnung	59
d) Organisatorische Organwalterverbindungen	59
1. Angliederung	60
2. Realunion	60
e) Stellvertretung ohne Vertretungsmacht	61
IV. Ergebnis	62
II. Kapitel. Der ordnungsgemäße Außenvertretungsakt: Darstellung der geltenden Rechtslage	63

§ 7. Einfache rechtsgeschäftliche Erklärungen	63
I. Bestimmung der Begriffe	63
a) Das Rechtsgeschäft	63
b) Die verpflichtende Willenserklärung	64
II. Zuständigkeit kraft Organisationssatzung	68

a) Verwaltungsleiter	68
b) Ersatzwalter	70
c) Kassenverwalter	71
III. Zuständigkeit kraft Delegation	73
IV. Zuständigkeit kraft verwaltungsrechtlichen Mandats	73
V. Vertretungsmacht kraft Rechtsgeschäfts (Vollmacht)	74
VI. Botenschaft	76
VII. Notzuständigkeit der Rechtsaufsichtsbehörde: Ersatzvornahme	76
VIII. Notzuständigkeit: der Staatsbeauftragte	77
IX. Der gemeindeeigene Urkundsbeamte	79
§ 8. Sondervorschriften für Erklärungen gegenüber Organwaltern	82
§ 9. Verpflichtungserklärungen	83
I. Die einfachen Verpflichtungs- erklärungen;	83
Geschäfte der laufenden Verwaltung	84
II. Die besonderen Verpflichtungs- erklärungen	88
a) Vorbemerkung: Bedeutung und Zweck der besonderen Vorschriften	88
b) Zuständigkeitsregelungen	96
1. Einzelverwaltung	96
2. Gesamtverwaltung	97
3. Abgabe durch Bevoll- mächtigte	99
c) Zuständigkeitsregelung für Kassengeschäfte	101
d) Formvorschriften	101
1. Abgabe durch Organwalter	101
2. Abgabe durch Bevollmächtigte	102
III. Kapitel. Der fehlerhafte Außen- vertretungsakt	103

§ 10. Folgen fehlerhafter Vertretung	103
§ 11. Zuständigkeitsfehler	104
I. Allgemeines	104

II. Unzuständigkeit des Organ- walters	105
III. Unzuständigkeit des Organs	107
IV. Zuständigkeitseinschränkungen eines Organs	109
V. Berufung auf Zuständigkeitsfehler	115
VI. Vollmachtsfehler	117
§ 12. Form- und Verfahrensfehler	118
I. Formfehler	118
II. Verfahrensfehler	121
III. Erkennbarkeitsfehler	122
§ 13. Inhaltsfehler iWS	122
I. Willensfehler	122
II. Inhaltsfehler ieS	123
III. Zulässigkeitsfehler	124
IV. Kapitel. Der rechtswidrige Außenvertretungsakt	124
§ 14. Haftungsgrundlagen	125
§ 15. Haftung für rechtsgeschäftliches Handeln	128
I. Die Forderungsverletzung	128
II. Das Verschulden beim Vertrags- schluß: culpa in contrahendo	129
§ 16. Haftung für unerlaubtes Handeln	131
I. Allgemeine Haftung	131
II. Die Amtshaftung	131
V. Kapitel. Anhang	132
§ 17. Die Ämter	132
§ 18. Die Landkreise	136
§ 19. Die regionalen Gemeindeverbände	137
§ 20. Berlin	140
§ 21. Bremen	142
§ 22. Hamburg	143
§ 23. Die sog. Deutsche Demokratische Republik	145

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

=====

- Althaus, Ernst Das Recht der Gemeinden und
Gemeindeverbände in den vor-
mals preußischen Ländern,
Herford-Köln (1957)
(zitiert: Althaus Recht)
- Althaus, Ernst Kritik des Gemeinderechts in
Nordrhein-Westfalen,
Sonderdruck aus:
Die Deutsche Verwaltungspra-
xis Herford (1955)
(zitiert: Althaus Kritik)
- Appel Rechtsgeschäfte der preußi-
schen Gemeinden,
in: JW 1913, 531
- Arendt, Karlheinz Bremen
in: KomHdb I 521
- Armbruster Schriftlichkeit der Vollmacht
nach § 36 DGO ?
in: RVBl 1935, 755
- Bachof, Otto Teilrechtsfähige Verbände des
öffentlichen Rechts
in: AöR 83 (1958), 208
- Becker, Erich Der Gemeindedirektor in
Niedersachsen (Springe/
Deister 1956)
(zitiert: Becker Gemeinde-
direktor)
- Becker, Erich Die Selbstverwaltung als ver-
fassungsrechtliche Grundlage
der kommunalen Ordnung in
Bund und Ländern
in: KomHdb I 113
- Becker, Erich Über den Inhalt der Gemeinde-
verwaltung und die Rechtsstel-
lung des Gemeindedirektors
in Nordrhein-Westfalen
in: DVBl 1956, 4
- Becker-Maschek Hamburgisches Landesrecht
(Herausgeber) Hamburg-Berlin-Bonn 1955
- Beitzke, Günther Anmerkung zu einem Urteil
des OGH
in: MDR 1949, 103
- Beitzke, Günther Treu und Glauben bei Privat-
rechtsgeschäften der öffent-
lichen Hand
in: MDR 1953, 1
- Berkenhoff Die nordrhein-westfälische
Gemeinde im Rechtsverkehr
in: Gem 1954, 153 und 176

- Bettermann, K.A. Kompetenzfragen um den Kündigungsschutz im Kleingartenrecht
in: NJW 1957, 1497
- Bochalli, Alfred Besonderes Verwaltungsrecht
2. Teil
Köln-Berlin 1959
- Bockelmann Rat und Verwaltung
in: StTg 1952, 131
- Böhm, Joseph Ein Beitrag zur Lehre von den Gemeindeverträgen
in: AöR 21 (1907), 222
- Bohley Zur Rechtsstellung und Vertretung der Gemeinden
in: BayBm 1953, 217 und 244
- Brombach Die Beurkundung der Verpflichtungsgeschäfte der Gemeinden
in: RVBl 1935, 648
- Bullinger Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung
in: DöV 1957, 761
- Buss Sind Juristische Personen des öffentlichen Rechts Behörden?
in: DöV 1959, 293
- Cantner, Walter Verfassungsrecht der Landkreise
in: KomHdb I 409
- Capeller, R. Zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht öffentlichrechtlicher Körperschaften
in: MDR 1956, 7
- Clasen, Heinrich Die Rechtslage bei genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften und Verwaltungsakten
in: SKV 1959, 203
- Diekamp, Busso Die Grundsätze für die Außenvertretung der Gemeinden nach der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Diss.jur. Münster 1955
- Dietz, Hans Folgerungen aus der Nichtigkeit des § 60 I nwGemO
in: KompBl 1954, 657
- Dürig, Günter
(Herausgeber) Gesetze des Landes Baden-Württemberg
(Ioseblattsammlung)
München-Berlin 1956
- Eich, Jakob Kommunales Kassen- und Rechnungswesen
in: KomHdb III 481

- Elleringmann, Rudolf Amtsverband und amtsangehörige
Gemeinde im nordrhein-westfä-
lischen Amtsrecht
Heft 16 der Schriftenreihe:
Verwaltung und Wirtschaft
Stuttgart-Köln 1956
(zitiert: Elleringmann Amts-
verband)
- Elleringmann, Rudolf Die allgemeine Außenvertre-
tung der Gemeinden im Lande
Nordrhein-Westfalen nach dem
Änderungsgesetz vom 21. Novem-
ber 1949
in: Festschrift zur Feier des
fünfundzwanzigjährigen Bestehens der Westfälischen Verwal-
tungsakademie in Münster und
der Verwaltungs- und Wirtschafts-
akademie Industriebezirk Sitz
Bochum
Heft 1 der Schriftenreihe:
Verwaltung und Wirtschaft
Münster-Berlin-Bad Codesberg
1950 (zit: Elleringmann AV)
- Elleringmann, Rudolf Die deutsche Gemeindeordnung
britischer Fassung in grund-
sätzlicher und praktischer Be-
leuchtung
Heft 1 der Bochumer Beiträge
Heidelberg 1948
(zitiert: Elleringmann revDGO)
- Elleringmann, Rudolf Grundlagen der Kommunalverfas-
sung und der Kommunalaufsicht
Heft 18 der Schriftenreihe:
Verwaltung und Wirtschaft
Stuttgart 1957
(zitiert: Elleringmann Grund-
lagen)
- Elleringmann, Rudolf Verpflichtungsgeschäft und
Verfügung beim Eigentumsüber-
gang an Grundstücken im Spie-
gel des Gemeindeverfassungs-
rechts und der gemeindlichen
Verwaltungspraxis
in: StuSev 1935, 441, 467 und
489
- Elsner, Werner Gemeindeverfassungsrecht in
den Ländern der Magistrats-
verfassung (Hessen und Schles-
wig-Holstein)
in: KomHdb I 280

- IX -

- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des bürgerlichen
Rechts
1. Band: Allgemeiner Teil des
BGB, Halbband 1: Allgemeine
Lehren, Personen, Rechtsobjek-
te, 15. Aufl. Tübingen 1959
- Erman, Walter
(Herausgeber) Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
2. Aufl.
Münster (1958)
- Fechtrup, Hermann Der sachkundige Bürger im
Gemeinderatsausschuß nach der
Gemeindeordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen
Diss.jur. Münster 1956
- Fisch, Viktor Rats- und Verwaltungsbrevier
Berlin 1957
- Fischer Die Vertretung der Stadtge-
meinde
in: RVBl 1918/1919, 259 und
307
- Fleißig Gemeindliche Verpflichtungs-
erklärungen
in: Gem 1955, 240
- Forsthoff, Ernst Deutsches Verwaltungsrecht
I. Band 7. Aufl.
München-Berlin 1958
- Friedrichs, Karl Der Allgemeine Teil des Rechts
Berlin-Leipzig 1927
- Friedrichs, Karl Zuständigkeit
in: HdR Band VI 1065
- Friese, Christoph Die Bezirksverwaltung in der
Stadt Bremen
in: KopolBl 1959, 422
- Fröhner-Bran Die bürgererschaftliche Selbst-
verwaltung
Stuttgart (1958)
- Fuhr-Pfeil
(Herausgeber) Hessische Verfassungs- und
Verwaltungsgesetze
Loseblattsammlung
München-Berlin 1955
- Gierke, Otto Haftung des Staates und der
Gemeinden für Beamte
in: Verhandlungen des Deut-
schen Juristentages
Berlin 1905
- Giese, Friedrich Allgemeines Staatsrecht
Tübingen 1948
- Göb, Josef Verfassungsrecht der Ämter
und amtsangehörigen Gemeinden
in: KomHdb I 377

- Gönnenwein, Otto Zu einigen Fragen des heutigen
Gemeinderechts
in: AöR 81 (1956), 214
- Goetz, Harry Kommunales Verfassungsrecht in
den Stadtstaaten: Berlin
in: KomHdb I 484
- Gotthardt, Rudolf Die Systeme der Gemeindever-
fassung - Möglichkeiten und
Varianten
in: SKV 1959, 170
- Gotthardt, Rudolf Die Gemeindeverfassungen in
den Ländern der Bundesrepublik
in: SKV 1959, 198
- Grafe, Walter Nochmals die Beurkundung von
Grundstücksgeschäften der
Gemeinden
in: Gem 1949, 88
- Grafe, Walter Anmerkung zu einem Urteil des
LG Aurich
in: NJW 1951, 723
- Grosdidier, Wolfgang Die Haftung der Gemeinde bei
Verletzung zwingender Form-
und Genehmigungsvorschriften
und bei Überschreitung der
Zuständigkeit ihrer Organe
Diss.jur. Breslau 1940
- Haarmann, Wennemar Anfragen aus dem Leserkreis
in: DVBl 1952, 479
- Hamel, Walter Formen und Vertretungsmacht
bei Rechtsgeschäften der öf-
fentlichen Hand
in: DVBl 1955, 796
- Haeuelsen Anmerkung zu einem Urteil des
BGH
in: NJW 1957, 385
- Heiniger, Ernst Der Gemeinderat
Ein Beitrag zum schweizeri-
schen Gemeinderecht
Zürich 1957
- Helfritz, Hans Allgemeines Staatsrecht
5. Aufl.
Detmold 1949
(zitiert: Helfritz AStR)
- Helfritz, Hans Die Vertretung der Städte und
Landgemeinden nach außen in
dem Gemeinderecht der östlichen
Provinzen Preußens
Berlin 1916
(zitiert: Helfritz Vertretung)

- Hel Fritz, Hans Rechtsgutachten über die
Fragen: 1. Existiert der Pro-
vinzialverband Westfalen noch
rechtlich? 2. Welches Organ ist
berechtigt, den Provinzialver-
band zu vertreten?
(unveröffentlicht) 1949
(zitiert: Helfritz Gutachten)
- Helmreich-Widtmann Bayerische Gemeindeordnung
Kommentar 2. Aufl.
München 1959
- Hild, Karl Ulrich Die Verpflichtungs- und Verfü-
gungsgeschäfte der Gemeinden
Diss.jur. Köln 1936
- von Hippel-Rehborn Gesetze des Landes Nordrhein-
(Herausgeber) Westfalen
Loseblattsammlung
München-Berlin 1955
- Hochbaum, H.-U. Staats- und verwaltungsrecht-
(Herausgeber) liche Gesetze der Deutschen
Demokratischen Republik
Berlin 1958
- Hölzl, Josef Die Vertretung der Gemeinde
in: BayBm 1950, 6
- Hölzl-Rollwagen Gemeindeordnung für den Frei-
staat Bayern
Kommentar 1. Aufl.
München 1952
- Hoppe, Werner Die Begriffe Gebietskörper-
schaft und Gemeindeverband
und der Rechtscharakter der
nordrhein-westfälischen Land-
schaftsverbände
Heft 21 der Schriftenreihe:
Verwaltung und Wirtschaft
Stuttgart 1958
- Huber, E. R. Wirtschaftsverwaltungsrecht
Band 1
2. Aufl.
Tübingen 1953
- Hurst, Karl Haften die Gemeinden aus form-
nichtigen Verpflichtungser-
klärungen?
in: KompBl 1951, 245
- Im Hof, Adolf Die Entscheidungszuständigkeit
der baselstädtischen Verwal-
tungsbehörden
in: Fleiner-Festgabe S. 115
Tübingen 1927
- Ipsen, Hans Peter Hamburg
in: KomHdb I 502

- Janberg, Hans Bedarf die Vollmacht zu Verpflichtungserklärungen der Gemeinden der Form des § 36 II DGO?
in: RVBl 1935, 654
- Jansen, Gustav Josef Die Vertretung der Gemeinden nach außen und die kommunalen Verpflichtungserklärungen
in: RVBl 1935, 650
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre
3. Aufl., 6. Neudruck
Darmstadt 1959
- Kantel, Willy Gemeindeverfassung und Gemeindeverwaltung
2. Aufl.
Göttingen 1956
- Kelsen, Hans Allgemeine Staatslehre
Berlin 1925
(zitiert: Kelsen AStL)
- Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre
2. Aufl.
Tübingen 1923
(zitiert: Kelsen Hauptprobleme)
- Kipp, Heinrich Entstehung, Aufgaben und Rechtsstellung von Hilfseinrichtungen von Regierung und Parlament
in: DöV 1957, 518
- Klüber, Hans Die kommunalen Zweckverbände und die sonstigen Gemeinschaftsorganisationen
in: KomHdb I 541
- Knickenberg, Rudolf Beurkundungen im Grundstücksverkehr durch Beamte öffentlicher Behörden
in: DöV 1953, 204
- Köttgen, Arnold Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände
in: KomHdb I 185
- Köttgen, Arnold Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen
in: KomHdb I 360
- Kötting, Johannes Über den Begriff der öffentlichen Verwaltung
Diss.jur. Münster 1957
- Kottenberg, Kurt Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Kommentar 5. Aufl.
Siegburg 1956

- Kottenberg-Steffens
(Herausgeber) Rechtsprechung zum kommunalen
Verfassungsrecht des Landes
Nordrhein-Westfalen
Loseblattsammlung
Siegburg 1956
- Kregel Anmerkung zu einem Urteil des
BGH
in: Sparkasse 1955, 276
- Kreutzer, Heinz Die Neuordnung der Berliner
Bezirksverwaltung
in: DöV 1959, 429
- Krüger, Karl Die Verpflichtungserklärungen
der Gemeinden in Preußen auf
dem Gebiete des bürgerlichen
Rechtsverkehrs nach bisherigem
und neuem Recht
Diss.jur. Münster 1934
- Landsberg-Goetz Verfassung von Berlin
vom 1. September 1950
Kommentar
Berlin 1951
- Lange, Otto Anmerkung zu einem Urteil des
BGH
in: DVBl 1957, 251
- Lange, Otto Die behördliche Genehmigung
und ihre zivilrechtlichen Aus-
wirkungen
in: AcP 152 (1952/53), 241
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Gesetzbuchs
9. Aufl. Berlin 1955
- Leiss, Ludwig Zur Vertretung der Vertretungs-
behörden
in: NJW 1958, 330
- Leiss, Ludwig Die Vertretung des Reichs, des
Bundes und der Länder vor den
ordentlichen Gerichten
München-Berlin 1957
- Lemke Verpflichtungserklärungen der
Gemeinden
in: RVBl 1935, 456
- Lemke Formzwang für Vollmachten
für Verpflichtungserklärungen
der Gemeinden
in: RVBl 1935, 818
- Lindenmaier-Möhring Das Nachschlagewerk des Bun-
desgerichtshofes
München-Berlin, seit 1951
- Loschelder, Wilhelm Die Gemeindeordnungen
2. Aufl. Stuttgart-Köln 1956

- XIV -

- | | |
|-----------------------------|---|
| Loschelder, Wilhelm | Organisation und Zuständigkeitsordnung in den Ländern unter besonderer Berücksichtigung der staatlichen Mittelinstanz
in: VwArch 48 (1957), 37 |
| Lünenbürger, Fritz | Die Vertretung der Gemeinden im Rechtsverkehr
Frankfurt (Main) 1951 |
| Maihofer, Werner | Vom Sinn menschlicher Ordnung
Frankfurt (Main) 1956 |
| Masson, Christoph | Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar
München 1952 |
| Meder, Walter | Probleme des sowjetischen Kommunalrechts
in: VwArch 50 (1959), 252 |
| Melchers, Hans | Die Außenvertretung des Amtes bei Verpflichtungserklärungen nach der Amtsordnung für Nordrhein-Westfalen
in: StuSev 1954, 4 |
| Menger, Christian-Friedrich | Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien
in: AöR 78, 149 |
| Mittelberg, Wilfried | Zur Reform des Genehmigungsverfahrens für gemeindliche Darlehen
in: Gemeindehaushalt 1959, 90 |
| Müller-Freienfels, Wolfram | Die Vertretung beim Rechtsgeschäft
Tübingen 1955 |
| Münzel, Karl | Nachträgliche Erteilung einer verweigerten Genehmigung?
in: NJW 1959, 601 |
| Muntzke-Schlemp | Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung
Bad Homburg-Berlin 1954 |
| Nass | Die Beurkundung von Grundstücksgeschäften durch Beamte beteiligter Behörden
in: DVBl 1954, 47 |
| Nauk | Zur Vertretung der Gemeinden
in: JW 1936, 1571 |
| Nauk | Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften
in: JW 1936, 2508 |
| Naunin, Helmut | Verfassungsrecht der regionalen Gemeindeverbände
in: KomHdb I 470 |

- Nawiasky, Hans Allgemeine Staatslehre
Erster Teil. Grundlegung
Zweiter Teil. 1. Band: Staats-
gesellschaftslehre, Volk, Ge-
biet, Zweck, Organisation,
2. Band: Staatsfunktion,
Staatsmittel, Staatsgewalt,
Staatsleben, Staatenwelt
Dritter Teil. Staatsrechts-
lehre
Einsiedeln-Zürich-Köln 1955
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre
2. Aufl.
Einsiedeln-Zürich-Köln 1948
- Nipperdey, H. C. Formmängel, Vertretungsmängel,
fehlende Genehmigung bei Rechts-
geschäften der öffentlichen
Hand und Treu und Glauben
in: JZ 1952, 577
- Obermayer, Klaus Die Übertragung von Hoheits-
befugnissen im Bereich der
Verwaltungsbehörden
in: JZ 1956, 625
- Obermayer, Klaus Das Bundesverfassungsgericht
und der Vorbehalt des Gesetzes
in: DVBl 1959, 354
- Odenbreit, Walter Die Beurkundung von Grund-
stücksgeschäften der Gemeinden
und Gemeindeverbände
in: Gem 1949, 17
- Odenbreit, walter Gemeindeordnung, Amtsordnung
und Kommunalwahlgesetz in Nord-
rhein-Westfalen
9. Aufl. Münster 1954
- Oertmann, Paul Die Rechtsbedingung (condicio
iuris)
Leipzig-Erlangen 1924
- Oesterling, G. Kann eine Gemeinde aus mündli-
chen Verpflichtungserklärungen
ihrer Vertretungsorgane in An-
spruch genommen werden?
in: RVBl 1935, 917
- Oetting Ämter, Zweckverbände oder Ver-
waltungsgemeinschaften
in: Rathaus 1959, 222
- Paul, Heinz Die unselbständige Genehmigung
privater Rechtsgeschäfte im
Gemeindeverfassungsrecht
in: SKV 1958, 196
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg
1949
(zitiert: Peters Lehrbuch)

- Peters, Hans Zwei Jahre Gemeindeordnung
in Nordrhein-Westfalen
in: KompolBl 1955, 65
- Pinnow, Ulrich
(Herausgeber) Gesetze des Landes Nieder-
sachsen, Loseblattsammlung
München-Berlin 1956
- Preuss, H. Über Organpersönlichkeit
in: SchmollersJhb 26, 562
- Preuss, H. Das städtische Amtsrecht in
Preußen
Berlin 1902
(zitiert: Preuss Amtsrecht)
- Rasch, E. Amt, Dienstposten, Planstelle
in: ZBR 1959, 211
- Richter Sind Verträge mit Gemeinden,
die der in den Gemeindeord-
nungen vorgeschriebenen Form
oder Genehmigung entbehren,
nichtig?
in: RVBl 1931, 685
- Rilk, Otto Anmerkung zu einem Urteil des
RG
in: JW 1936, 1827
- Rilk, Otto Arglist bei öffentlich-recht-
lichen Formvorschriften
in: JW 1936, 2511
- Ringe, Karl Zur funktionellen Zuständig-
keit der übergeordneten Be-
hörde
in: DVBl 1957, 676
- Römer, Gustav Formen und Vertretungsmacht
bei Privatrechtsgeschäften
der öffentlichen Hand
in: DNotZ 1956, 359
- Salzmann-Schunck Das Selbstverwaltungsgesetz
für Rheinland-Pfalz 2. Aufl.
Siegburg 1955
- Sander, Gerhard Die Berliner Bezirke
in: KompolBl 1959, 310
- Schaub, Hermann Über Organisation und Sozial-
aufgaben des Landeswohlfahrts-
verbandes Hessen
in: GemTg 1959, 132
- Schlempp, Hans Die Gemeinden im Rechtsver-
kehr
Stuttgart-Berlin 1939
- Schneider, Egon Die Zuständigkeit des Rats im
bürgerlichen Rechtsverkehr
in: KompolBl 1956, 906

- XVII -

- Schneider, Herbert Bürgerlich-rechtliche Wirkungen der Deutschen Gemeindeordnung
in: JW 1935, 2028
- Schneider, Herbert Mündliche Verträge preussischer Ortsbehörden
in: VwArch 15 (1907), 247
- Schönfelder, Heinrich
(Herausgeber) Deutsche Gesetze
Loseblattsammlung
32. Aufl. 1959 München-Berlin
- Scholz, Franz Formnichtigkeit und Arglist-einrede
in: NJW 1950, 81
- Scholz, Franz Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand
in: NJW 1953, 961
- Schoplick Beurkundung behördlicher Grunderwerbsgeschäfte durch den hierfür bestimmten Beamten
in: prVBl 1911, 641
- Schreiber Formzwang und Legitimation bei den verpflichtenden Willenserklärungen der kommunalen und kirchlichen Körperschaften
in: DNotZ 1911, 495 und 583
- Schulze, Werner Die Rechtsstellung der Gemeindeorgane in der britischen Zone
in: AöR 76 (1950/51), 25
- Simon, Herbert A. Das Verwaltungshandeln
Heft 12 der Schriftenreihe: Verwaltung und Wirtschaft
Stuttgart 1955
- Sommer, Walter Zur Rechtsstellung des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen
in: StTg 1957, 5
- Steffens, Heinz Die deutschen Gemeinden im bürgerlich-rechtlichen Verkehr
in: DJZ 1935, 604
- Stier-Somlo - Elster
(Herausgeber) Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 6 Bände
Berlin-Leipzig 1929
- Streitbürger,
Karl-Manfred Die Beteiligung des Amtsdirektors an der Verwaltung der amtsangehörigen Gemeinden im Lande Nordrhein-Westfalen
Diss-jur. Münster 1958
- Surén-Loschelder Die Deutsche Gemeindeordnung
Kommentar 2 Bände
Berlin 1940

- XVIII -

- Triepel, Heinrich Delegation und Mandat im öffentlichen Recht
Stuttgart-Berlin 1942
- Türke, Joachim Die Stellung des Verwaltungsausschusses nach der modifizierten Ratsverfassung
in: AöR 82 (1957), 301
- Vogt, Hans Die Behördenbegriffe
Diss.jur. Münster 1956
- Walz, Ernst Gemeindeverfassungsrecht in den Ländern der süddeutschen Ratsverfassung
in: KomHdb I 235
- Weber, Werner Die Niedersächsische Gemeindeordnung
in: DVBl 1955, 613
- Wessel, Karl-Heinz Organschaftliche Erklärung und Gemeindebeschluß im Verfassungsrecht der Gemeinden der früher preußischen Gebiete des Landes Nordrhein-Westfalen von 1856 bis heute
Diss.jur. Münster 1956
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert
Berlin 1956
- Wiederholt, Reinhard Die Anfechtungsmöglichkeiten der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde
in: SKV 1957, 202
- Wild, H.W. Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand
in: NJW 1955, 693
- Wolff, Hans J. Organschaft und Juristische Person
Band 1: Juristische Person und Staatsperson
Band 2: Theorie der Vertretung
Berlin 1933 und 1934
(Band 2 zitiert: Wolff Vertretung)
- Wolff, Hans J. Die Rechtsstellung der Beschlüssausschüsse in Nordrhein-Westfalen
in: Arnold-Festschrift Köln-Opladen 1955
(zitiert: Wolff Beschlüssausschüsse)

Wolff, Hans J.	Anmerkung zu einem Urteil des OLG München in: MDR 1953, 167
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I 3. Aufl. 1959 München-Berlin 1959 (zitiert: Wolff VwR I)
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht II Manuskript (ungedruckt) (zitiert: Wolff VwR II)
Ziegler-Tremel (Herausgeber)	Verwaltungsgesetze des Frei- staates Bayern Loseblattsammlung 5. Aufl. München 1959
Zimmnick, Klaus	Die Stärkung der Verwaltungs- kraft kleinerer Gemeinden in: BayBm 1956, 208
Zuhorn, Karl	Gemeindeverfassung Siegburg 1954

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

=====

ABl	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift, zitiert nach Band und Seite)
AG	Ausführungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift, zitiert nach Band und Seite)
ASTL	Allgemeine Staatslehre
ASTR	Allgemeines Staatsrecht
AV	Außenvertretung
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bay, bay	Bayern, bayerisch
bayBezO	Bezirksordnung für den Freistaat Bayern vom 27. Juli 1953 (ZIEGLER- TREMEL 100)
BayBm	Der Bayerische Bürgermeister (Zeitschrift, Jahr und Seite)
bayGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern v. 25. Januar 1952 (ZIEGLER- TREMEL 280)
bayLKO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern v. 16. Februar 1952 (ZIEGLER- TREMEL 440)
bayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht

BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift, Jahr und Seite)
BesVwR	Besonderes Verwaltungsrecht
Bln, bln	Berlin, berliner
blnAZG	Gesetz über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung v. 2. Oktober 1958 (SaBl 1958, 1355)
blnBezVwG	(Berliner) Bezirksverwaltungsgesetz v. 30. Januar 1958 (SaBl 1958, 255)
blnVf	Verfassung von Berlin v. 1. September 1950 (LOSCHELDER 3)
Bm	Bürgermeister
BmVf	Bürgermeisterverfassung
Bre, bre	Bremen, bremisch
breOrtsämterG	Gesetz über Ortsämter und Außenstellen der bremischen Verwaltung v. 3. Juli 1951 (LOSCHELDER 5)
breVf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen v. 21. Oktober 1947 (LOSCHELDER 4)
Brhv, brhv	Bremerhaven, bremerhavisch
brhvGemO	Verfassung für die Stadt Bremerhaven v. 4. November 1947 (LOSCHELDER 6)
BTg	Bundestag
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BW, bw	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
bwGemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg v. 25. Juli 1955 (LOSCHELDER 1)
bwLKO	Landkreisordnung für Baden-Württemberg v. 10. Oktober 1955 (DÜRIG 57)
DGO	Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Januar 1935 (RGebl I 49)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift, Jahr und Seite)
DNotZ	Zeitschrift des deutschen Notarvereins (bis 1933), Deutsche Notarzeitschrift (nach Jahr und Seite)
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift, Jahr und Seite)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
E	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts

EG	Einführungsgesetz
ehem	ehemalig
Gem	Gemeinde
GemHaush	Der Gemeindehaushalt (Zeitschrift, Jahr und Seite)
GemO	Gemeindeordnung
GemRt	Der Gemeinderat (Zeitschrift, Jahr und Seite)
GemTg	Der Gemeindetag (Zeitschrift, Jahr und Seite)
HdR	s. Literaturverzeichnis STIER-SOMLO - ELSTER
He, he	Hessen, hessisch
heGemO	Hessische Gemeindeordnung v. 25. Februar 1952 (LOSCHELDER 9)
heLKO	Hessische Landkreisordnung v. 25. Februar 1952 (FUHR-PFEIL 50)
Hmb, hmb	Hamburg, hamburgisch
hmbVerpflichtungserklärungenG	= (hamburgisches) Gesetz über die Formbedürftigkeit von Verpflichtungserklärungen v. 19. Mai 1950 (BECKER-MASCHEK 22)
hmbVertretungsAO	= (hamburgische) Anordnung des Senats über die Befugnis zur Vertretung der Freien und Hansestadt Hamburg v. 2. Februar 1954 (BECKER-MASCHEK 9)
hmbVf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg v. 6. Juni 1952 (LOSCHELDER 7)
hmbVwBehG	(hamburgisches) Gesetz über Verwaltungsbehörden v. 30. Juli 1952 (BECKER-MASCHEK 5)
Hohzoll, hohzoll	= Hohenzollern, hohenzollerisch
hohzollSVG	Gesetz über die Selbstverwaltung der Hohenzollerischen Lande v. 7. September 1950 (RegBl 285)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
InnMin	Innenminister, Innenministerium
iVm	in Verbindung mit
iWS	im weiteren Sinne
Jhb	Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JustMin	Justizminister, Justizministerium

JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben v. JOHOW und RING
KomHdb	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hgg.v. Hans PETERS, 3 Bde, Berlin-Göttingen-Heidelberg, I.Bd. Kommunalverfassung, 1956; II.Bd. Kommunal-Verwaltung, 1957; III.Bd. Kommunale Finanzen und kommunale Wirtschaft, 1959
KompolBl	Kommunalpolitische Blätter (Jahr und Seite)
KomRspr	s. Literaturverzeichnis: KOTTENBERG-STEFFENS
KomStZ	Kommunale Steuer-Zeitung (Jahr und Seite)
KuRVO	Verordnung über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden v. 1. März 1955 (HIPPEL-REHBORN 27)
Lipp, lipp	Lippe, lippisch
LM	s. Literaturverzeichnis: LINDENMAIER-MÖHRING
Mag	Magistrat
MagVf	Magistratsverfassung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
MS	Manuskript
MSchG	Mieterschutzgesetz v. 1. Juni 1923 (SCHÖNFELDER 32)
Mstr	Münster
MusterArbO	Bekanntmachung des Beschlusses des Ministerrats über die Muster-Arbeitsordnung für die Räte der Bezirke v. 10. März 1955 (HOCHBAUM III 4) (DDR)
Nds, nds	Niedersachsen, niedersächsisch
ndsGemO	Niedersächsische Gemeindeordnung v. 4. März 1955 (LOSCHELDER 10)
ndsLKO	Niedersächsische Landkreisordnung v. 31. März 1958 (PINNOW 222)
ndsSVG	Gesetz zur vorläufigen Regelung einiger Punkte des Selbstverwaltungsrechts v. 28. Mai 1947 (ndsGVBl 62)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)

NW, nw	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
nwAmtsO	Amtsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 10. März 1953 (HIPPEL-REHBORN 29)
nwGemO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 28. Oktober 1954 (LOSCHELDER 11)
nwLKO	Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 21. Juli 1953 (HIPPEL-REHBORN 30)
nwLVO	Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 12. Mai 1953 (HIPPEL-REHBORN 32)
nwVfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
OG	Obergericht
OHG	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
ÖOG	(DDR-) Gesetz über die örtlichen Organe der Staatsmacht v. 17. Januar 1957 (HOCHBAUM III 1 a)
Ostfr, ostfr	Ostfriesland, ostfriesisch
ostfrVf	Verfassung der Ostfriesischen Landschaft v. 22. Oktober 1949
Pr, pr	Preußen, preußisch
prVBl	Preußisches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
Rathaus	Das Rathaus (Zeitschrift, Jahr und Seite)
revDGO	Die Deutsche Gemeindeordnung in der Fassung der VO Nr. 21 der Britischen Militärregierung (Amtsblatt der Britischen Militärregierung 127)
RhPf, rhpf	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
rhpfAmtsO	Amtsordnung für Rheinland-Pfalz (Teil B des rhpfSVG)
rhpfGemO	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. Oktober 1954 (Teil A des rhpfSVG) (LOSCHELDER 12)
rhpfLKO	Landkreisordnung für Rheinland-Pfalz (Teil C des rhpfSVG)
rhpfBezO	Bezirksordnung für Rheinland-Pfalz (Teil D des rhpfSVG)
rhpfSVG	Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz v. 1948 i.d.F. der Bekanntmachung v. 5. Oktober 1954 (GVBl 117, SaBl 1954, 1115)

- XXIV -

Rspr	Rechtsprechung
RVBl	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
RVwG	Reichsverwaltungsgericht
s	siehe
Saarl, saarl	Saarland, saarländisch
saarlGemO	(saarländische) Gemeindeordnung v. 10. Juli 1951 i.d.F. des Gesetzes v. 27. April 1956 (ABl 543)
saarlKO	(saarländische) Kreisordnung v. 10. Juli 1951 (ABl 1014)
SchlH, schlh	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
SaBl	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder (Jahr und Seite)
schlhGemO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein v. 24. Januar 1950 (LOSCHELDER 13)
schlhLKO	Kreisordnung für Schleswig-Holstein v. 27. Februar 1950 (GVBl 49)
SchmollJhb	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (Band und Seite)
SeuffArch	J.A.Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Seite)
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift, Jahr und Seite)
Spark	Sparkasse (Zeitschrift, Jahr und Seite)
St	Entscheidung in Strafsachen
StTg	Der Städtetag (Zeitschrift, Jahr und Seite)
StR	Staatsrecht
StuSev	Staats- und Selbstverwaltung (Zeitschrift, Jahr und Seite)
uU	unter Umständen
Vf	Verfassung
VfDDR	Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik v. 7. Oktober 1949 (HOCHBAUM I 2)
VfGH	Verfassungsgerichtshof

VGVO	Verordnung Nr. 165 der Militärregierung der Britischen Zone über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (HIPPEL-REHBORN 70)
Vw	Verwaltung
VwArch	Verwaltungsarchiv (Band und Seite)
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwR	Verwaltungsrecht
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von G. ZIEGLER seit 1949 (zitiert nach Band und Seite)
WB	ehem Land Württemberg-Baden
WBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz v. 31. November 1953 (SCHÖNFELDER 28)
WHohz	ehem Land (Süd-)Württemberg-Hohenzollern
WiVwR	Wirtschaftsverwaltungsrecht
Z	Entscheidung in Zivilsachen
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Jahr und Seite)

Arabische Zahlen ohne Zusatz bedeuten die Seitenzahl, römische die Bandnummer, sofern der Sinnzusammenhang nichts anderes ergibt.

I. Kapitel. Grundlegung

§ 1. Der Begriff der Außenvertretung

Das Bürgerliche Gesetzbuch gilt im gesamten Bereich der Bundesrepublik Deutschland; die Gemeindeverfassungsgesetze (Gemeindeordnungen) hingegen gelten jeweils nur im Gebiet eines Gliedstaates, und innerhalb eines Gliedstaates sind wiederum verschiedenartige Gemeindeverfassungen möglich. Dieser Umstand führt zu Rechtsunsicherheit, weil nach der jeweiligen Gemeindeverfassung zu bestimmen ist, wer privatrechtliche Rechtsverhältnisse, Pflichten, Rechte und Ansprüche der Gemeinde wahrnimmt, begründet, beendet oder gestaltet und welche besonderen Formen die Handelnden einzuhalten haben⁽¹⁾. Diese Rechtszersplitterung wenigstens mindern zu helfen, ist das Anliegen der vorliegenden Schrift.

I. a) Die Gemeinde ist eine Gebietskörperschaft i.e.S., und zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die mit Gebietshoheit (= allerfassender Zuständigkeit) ausgestattet ist und deren Mitgliedschaft sich nach Sitz oder Wohnsitz im Gebiet der Körperschaft richtet⁽²⁾.

b) Die Gebietskörperschaft ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts; denn sie ist Trägerin öffentlich-rechtlicher (Eigen-)Zuständigkeiten, was besagt, daß ihre (Eigen-)Zuständigkeiten Rechte und Pflichten betreffen, die notwendig nur einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zugeordnet werden können⁽³⁾.

c) Die Gemeinde ist als Körperschaft eine Juristische Person, d.h. ein rechtsfähiges Rechtssubjekt.

1) GÖNNENWEIN: AöR 81, 238

2) BOHLEY: BayBm 1953, 217; HOPPE § 7

3) vgl. WOLFF VwR I § 22 II c.

d) Sie ist Juristische Person des öffentlichen Rechts.

Die öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit ist verknüpft mit der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit⁽¹⁾. Die Rechtsfähigkeit ist eine von der positiven Rechtsordnung verliehene Fähigkeit, Dritten gegenüber Endpunkt positivrechtlicher subjektiver Zurechnung zu sein. Die Rechtsfähig-Erklärung der Juristischen Person durch die objektive Rechtsordnung bewirkt die Zuweisung von Tatbeständen an die Juristische Person als rechtstechnischer Trägerin. Die Zuweisung ist rechtsverbindlich gegenüber Dritten und konstituiert die endgültige Zuweisungssubjektivität der Juristischen Person⁽²⁾.

II. Die Juristische Person ist ein von unserer Rechtsordnung gedanklich geschaffenes Rechtsgebilde: ein gedachter Zuordnungsendpunkt von Rechten und Pflichten⁽³⁾. Die Juristische Person ist nur durch natürliche Personen wirk-(handlungs-)fähig. Die Wirkfähigkeit wird erreicht durch rechtstechnische Organisation, durch die Zuteilung von Kompetenzen, die der Juristischen Person auf Grund der Rechtsordnung zustehen, an Organe und durch die Verknüpfung der Organe und Walter mit der Kompetenz durch Schaffung von (Wahrnehmungs-)Zuständigkeiten⁽⁴⁾.

1) BOHLEY: BayBm 1953, 217; BACHOF 83, 266

2) s. WOLFF Juristische Person 489.

3) s. KELSEN Hauptprobleme 699: der einheitliche gemeinsame Zurechnungspunkt für Organhandlungen; ebda 183: gemeinsamer, außerhalb jedes physischen Subjekts gedachter Punkt; ebda 461: außerhalb der menschlichen Persönlichkeit gedachter immaterieller Punkt.

4) s. WOLFF Vertretung 253: durch die körperschaftliche Organisation werden gewisse Angelegenheiten, Interessen und Interessengegenstände mehrerer oder vieler verselbständigt und zu eigenen Angelegenheiten einer Juristischen Person zusammengefaßt. Zugleich verteilt die Organisation die Befugnisse zur Wahrnehmung dieser materiell, funktionell und uU lokaliter unterschiedenen Angelegenheiten auf mehrere vorerst nur ideelle Organe, regelt die Verhältnisse der Organe untereinander und enthält Normen, die sich auf die Art und Weise der Ausübung der Kompetenzen beziehen.

Der für die Juristische Person handelnde Mensch handelt als er selbst und erklärt seinen Willen; denn einen Willen der Juristischen Person gibt es im elementaren Sinne nicht. Die Verknüpfung der Juristischen Person als Zuordnungsendpunkt mit dem handelnden und erklärenden Menschen - also die rechtliche Wirkungsverknüpfung zweier Rechtssubjekte hinsichtlich eines Akts - ist Vertretung im allgemeinsten Sinne dieses Begriffs, nämlich das Sich-Verhalten eines Rechtssubjekts mit Wirkung für ein anderes Rechtssubjekt⁽¹⁾.

III. Außenvertretung meint als Begriff einen Ausschnitt aus dem Tatbestand der Vertretung, und zwar das Handeln, Erklären, Sich-Verhalten der natürlichen Person für die Gemeinde in der Beziehung zur Umwelt, zu außerhalb der gemeindlichen Organisation stehenden Personen⁽²⁾; mit anderen Worten: das Verhalten unter Benutzung nicht der organisatorischen Normen, sondern der alle Rechtssubjekte in ihrem Miteinander und Gegenüber angehenden (privat- wie öffentlich-rechtlichen) Rechtsnormen, so zB auch die Führung von Rechtsstreitigkeiten.

IV. Die vorliegende Untersuchung betrifft aus dem Bereich der Außenvertretung wiederum nur einen Ausschnitt: die privatrechtsgeschäftlichen Willenserklärungen.

Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen der Gemeinde als Trägerin öffentlicher Verwaltung sind Verwaltungs-Rechtshandlungen als Handlungen verwaltungsrechtlicher Organe; sie gehören zu den Privatrechtshandlungen, wenn die Tatbestände nicht durch verwaltungsrechtliche Organe, sondern zB durch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte gesetzt werden. Als Verwaltungs-Rechtshandlungen können die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen verwaltungsrechtliche (und zwar nicht regelnde) oder privatrechtliche Willenserklärungen sein. Privatrechtliche Verwaltungs-Rechtshandlungen können fiskalisch (rein privat-

1) vgl. MUNTZKE-SCHLEMPFF 746; HOLZL: BayBm 1950, 6.

2) vgl. HELFRITZ Vertretung 113; ders. Gutachten III 13; WOLFF Vertretung 173: Besorgung der Geschäfte im Verkehr mit Dritten diesen gegenüber; FECHTRUP 6.

rechtlich) oder verwaltungsprivatrechtlich (beschränkt privatrechtlich, weil nicht erwerbswirtschaftlich, sondern unmittelbar öffentlich verwaltend) sein⁽¹⁾.

V. Diese Untersuchung erstreckt sich nicht auf die Probleme der Repräsentation, der Außenvertretung bei Verhandlungen, der Publikation von Allgemeinakten und der Vertretung von wirtschaftlichen Unternehmen und Eigenbetrieben der Gemeinde.

§ 2. Typologie der Gemeindeverfassungen⁽²⁾

I. a) Die Gemeinde ist als Juristische Person des öffentlichen Rechts, als gedachtes Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten rechtstechnisch organisiert, damit ein Komplex von Rechten und Pflichten einer ein bestimmtes Substrat übergreifenden Rechtsperson zugeordnet werden kann. Dieser Rechte- und Pflichten-Komplex ist inhaltlich charakterisiert durch die überindividuelle, öffentliche Aufgabe, das Gemeindegebiet und die darauf lebenden Menschen zu verwalten⁽³⁾. Funktion und Aufgabe der Gemeinde ist also Verwaltung.

b) Die "Verwaltung" kann in zwei, wenn auch nicht qualitativ verselbständigt existierende Funktionen geschieden werden: die planende, repräsentierende, parlamentarische Vertretung der Interessen der Bürger und das durchführende, apparatische, bürokratische Vorstehen⁽⁴⁾. ODENBREIT (265) unterscheidet zwischen Administrative und Exekutive⁽⁵⁾. Das mitgliedschaftliche Vertreten ist eine idR politische Funktion, während das Vorstehen idR die technische, spezialisierte Funktion einer Behörde ist.

1) s. WOLFF VwR I § 45 II b.

2) vgl. ELLERINGMANN Grundlagen 101; FRÖHNER-BRAN 222 und 472; KANTEL 49; GOTTHARDT: SKV 1959, 170.

3) s. WOLFF VwR I § 2.

4) HUBER WiVwR I 187: Körperschaft bedarf eines mitgliedschaftlichen Organs mit wesentlichem Anteil an Willensbildung; ferner eines ausführenden Organs, das aus Wahl gebildet wird; ebda 193: Mitgliederversammlung und Vorstand.

5) vgl. auch GÖNNENWEIN: AöR 81, 214.

Die Übertragung des Begriffs der Gewaltentrennung auf diese Funktionentrennung wird allgemein mit dem Hinweis abgelehnt, daß überwiegend nur Exekutive die Funktion der Gemeinde ausmache. Abgesehen vom Satzungsrecht, ist nur Verwaltung die Funktion der Gemeinde; die Verwaltung ist einmal Selbstverwaltung, zum anderen potentiell weisungsgebundene Staatsverwaltung⁽¹⁾.

II. Für die Wahrnehmung der Gesamtfunktion "Verwalten" bzw. der Teilfunktionen "Vertreten" oder "Vorstehen" bieten sich eine Reihe von Institutionstypen an: die Bürger-Repräsentation⁽²⁾ - oder in der Verfassung der sog. unmittelbaren Demokratie (nicht in Bay und RhPf, zwingend in he und schlh Gemeinden unterhalb einer bestimmten Größengrenze) die Bürger-Versammlung (Gemeindeversammlung) - mit entscheidenden oder beratenden⁽³⁾ (Vertretungs-) Ausschüssen; weiter der Bürgerschafts-Präsident; der Verwaltungsleiter (Büroleiter) als Chef einer Behörde mit seinen hierarchisch untergeordneten Bediensteten; endlich der Verwaltungsausschuß als kollektionaler Verwaltungsleiter.

III. Je nach der Wahrnehmung der Gesamt- oder einer Teilfunktion durch diese Institutionstypen können wir die verschiedenen deutschen Gemeindeverfassungen systematisch ordnen.

a) Die norddeutsche Ratsverfassung, gültig in NW, ist dadurch zu charakterisieren, daß die Gesamtfunktion "Verwaltung" der Bürgerrepräsentation zusteht⁽⁴⁾ und der Bürgerschaftspräsident nicht zugleich Verwaltungsleiter ist⁽⁵⁾.

-
- 1) BECKER:DVBl 1956,5; PETERS:KopolBl 1955,67; ELSNER:KomHdb I 282; a.M. SCHULZE:AöR 76,29
 - 2) FRÖHNER-BRAN 76; FISCH 66: Bürger einer Gemeinde ist, wer zu den Wahlen berechtigt ist.
 - 3) vgl. BACHOF:AöR 83, 216 Anm. 10.
 - 4) wie hier: KÖTTGEN:KomHdb I 364; FECHTRUP 50 mit Hinweis auf OVG Mstr:KopolBl 1954,493; ELLERINGMANN Außenvertretung 114, Grundlagen 116; FRÖHNER-BRAN 363; HAMEL:DVBl 1955, 798; PETERS: KopolBl 1955,67; SCHULZE:AöR 76,37, der aber den Verwaltungsleiter als Vorstand iES bezeichnet; a.M. ALTHAUS Recht 48.
 - 5) abwegig ALTHAUS Kritik 3: nicht der hauptberufliche Gemeindedirektor, sondern der Berufspolitiker ist praktisch der Verwaltungschef.

b) Die süddeutsche Ratsverfassung - in BW und Bay - ist ebenso gekennzeichnet durch die Zuweisung der Gesamtfunktion Verwaltung an die Bürgerrepräsentation, deren Vorsitzender, der Bürgerschaftspräsident aber zugleich Verwaltungsleiter ist.

c) Die Bürgermeister-Verfassung von RhPf, Saarl, SchlH (aber nicht in Städten) und He (für Gemeinden unter 3000 Einwohnern gemäß § 9 II heGemO) trennt die Teilfunktionen Vertretung und Vorstehen und weist die erste dem Rat als Bürgerrepräsentation und die andere dem Verwaltungsleiter zu, der möglicherweise, aber nicht notwendig, zugleich Bürgerschaftspräsident ist.

d) Die unechte Magistratsverfassung - für Nds⁽¹⁾, schlh Städte, Brhv und He (gemäß § 9 II 1 GemO) - unterscheidet Vertreten und Verwalten und bildet einen Rat als Gemeinde-Vertretung und einen Verwaltungsausschuß als Gemeindevorstand⁽²⁾.

e) Die echte (preußische) Magistratsverfassung, abgewandelt geltend in bw Gemeinden über 3000 Einwohnern als sogenannte Bürgerausschuß-Verfassung⁽³⁾, gliedert in Vertretung und Vorstand, wobei Bürgerrepräsentation und Verwaltungsausschuß gemeinsam die Gemeinde-Vertretung bilden und der Verwaltungsausschuß zugleich Gemeinde-Vorstand ist.

§ 3. Theorie der Vertretung

I. a) Das Recht ordnet die Lebensverhältnisse von Menschen. Ordnen heißt hier: die Menschen in ihrem individuellen Selbstsein dadurch in eine Entsprechung zu bringen, daß der Einzelmensch in einem anderen als dem subjektiven, nämlich von einem gedanklich aufgesuchten objektiven Aspekt aus in seinem sozialen Als-Sein gesehen wird⁽⁴⁾.

1) ähnlich wie hier: GÖNNENWEIN: AöR 81, 234+261; W.WEBER: DVBl 1955, 614; GOTTHARDT:SKV 1959,198; zT anders: BECKER Gemeinidedirektor 6; TÜRKE:AöR 82,315 und 321; a.M. KÖTTGEN:KomHdb I 369: da Verwaltungsausschuß und Rat untereinander konzentrisch sind, kann nicht von Dualismus gesprochen werden.

2) s. HAMEL:DVBl 1955,798.

3) WALZ:KomHdb I 276; FRÖHNER-BRAN 234; a.M. GÖNNENWEIN: AöR 81,233.

4) s. MAIHOFER 52, 64, 81.

Dieses Ordnen geschieht durch hypothetische Urteile⁽¹⁾, die zur Voraussetzung haben, daß vorgefundene tatsächliche materiale Verhältnisse (Komplexe von Gegenständen, Ereignissen, Wollungen und Umständen) gerafft und verdichtet werden auf ihren sozial interessierenden Gehalt, d.h. auf ihre Bedeutung für das Als-Sein des Menschen. Das Ergebnis dieser bereits vorwertenden und vor-urteilenden Verdichtung von Lebensverhältnissen heißt Tatbestand, nämlich der Bestand, über den geurteilt wird und dem durch Urteil eine rechtliche Folge zugewiesen wird. So führt ein Sachverhalt, komprimiert zu einem Tatbestand, durch die normative Beurteilung zu einem neuen, nunmehr geordneten Sachverhalt, zur Rechtsfolge. Rechtsfolge ist diejenige Berechtigung und Verpflichtung, welche die objektive Rechtsordnung an einen gegebenen Tatbestand oder Tatbestandskomplex knüpft⁽²⁾.

b) Für die rechtstheoretische Betrachtung der Vertretung ist die klare Erkenntnis von dem Unterschied und der Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge notwendige Voraussetzung.

Vertretung ist im allgemeinsten Sinne das Verhalten eines Rechtssubjekts für ein anderes, so daß die Rechte und Pflichten aus dem Verhalten nicht den sich so Verhaltenden, sondern den anderen sich nicht so Verhaltenden treffen sollen. Es findet eine Zuweisung statt⁽³⁾. Diese Zuweisung erfolgt durch Urteil über den Tatbestand der Vertretung, über das Sich-Verhalten-für-einen-anderen: ein sekundäres Urteil gegenüber dem primären Urteil über den vom Vertreter gesetzten (Sach-)Tatbestand seines Verhaltens, etwa eines getätigten Geschäfts.

Auch dieses sekundäre Urteil wird ordnend vom hypothetisch objektiven Standpunkt aus durch die Rechtsordnung gesprochen. Die Zuweisung ist wie jedes Urteil Monopol der

1) s. KELSEN Hauptprobleme 465.

2) s. KELSEN AStL 49.

3) Jetzt und folgend ist nur die unmittelbare, nicht die von einem weiteren Verhalten des Vertreters abhängige mittelbare Zuweisung (mittelbare Vertretung) gemeint.

Rechtsordnung und nicht Sache der an dem Vertretungsverhältnis Beteiligten. Zwar mag dem zuweisenden Urteil elementar eine der Zuweisung entsprechende Interessenlage zugrunde liegen, die sich als bilaterales, saldierendes Rechts- und Pflichten-Verhältnis zwischen Vertreter und Geschäftspartner einerseits und zwischen Vertretenem andererseits (inneres zB Auftrags-Verhältnis) darstellt. Jedoch muß über das Vorliegen einer solchen elementaren Interessenlage hinaus das sekundäre Zuweisungsurteil im Interesse der Zweckmäßigkeit und vor allem der Sicherheit objektiv typisiert werden, damit nicht im aktuellen Einzelfall unsicher und offen bleibt, ob Rechte und Pflichten tatsächlich durch den Vertreter hindurch zum Vertretenen geschleust werden, sondern damit sicher berechnet werden kann, ob das Zuweisungsurteil aktuell ergeht⁽¹⁾.

c) Die objektivrechtliche Möglichkeit, das typisierte Zuweisungsurteil herbeizuführen, wird als Vertretungsmacht bezeichnet⁽²⁾.

Die Vertretungsmacht sichert die sekundäre Zuweisung im Ergebnis, sagt aber nichts darüber aus, wie und wann diese Zuweisung vor sich geht.

d) Möglich ist die primäre Beurteilung vor der sekundären Zuweisung; andererseits möglich ist die sekundäre Zuweisung vor dem primären Urteil, d.h. vor dem Eintritt der primären Rechtsfolge.

1. Wenn die durch das primäre Urteil über den vom Vertreter gesetzten Tatbestand festgestellte primäre Rechtsfolge dem Vertretenen sekundär zugewiesen wird, nennt man die sekundäre (Vertretungs-)Zuweisung Zuordnung; so zB bei der Stellvertretung des Privatrechts.

1) vgl. WOLFF Vertretung 106, 196, 240.

2) LEHMANN 279; KELSEN Hauptprobleme 183, 465: wo immer jemand von Staats wegen zu handeln vorgibt, muß er sich auf einen Rechtssatz berufen können, der diese Handlung als vom Staat gewollt und daher als dem Staat zurechenbar erscheinen läßt; WOLFF Vertretung 273: erst Normen der übergeordneten staatlichen Rechtsordnung geben Vertretungsmacht.

2. Wenn schon der noch nicht primär beurteilte, vom Vertreter gesetzte Tatbestand dem Vertretenen zugewiesen wird und nunmehr das primäre Urteil über den inzwischen zum Verhalten des Vertretenen erklärten Tatbestand gesprochen wird, ist die sekundäre (Vertretungs-)Zuweisung eine Zurechnung⁽¹⁾.

Zurechnung ist die (Vertretungs-)Zuweisungsform bei der organschaftlichen Vertretung. Sie findet ihren sprachlichen Ausdruck in dem fiktiven "gilt als"⁽²⁾.

e) Organschaft⁽³⁾ ist die Vertretung einer Organisation durch einen geschäftsfähigen Menschen. Sie unterscheidet sich im Tatbestand von der Stellvertretung des Privatrechts dadurch, daß der Vertretene eine Organisation ist; in der Begründung der Vertretungsmacht dadurch, daß sie an die Satzung der Organisation und nicht an ein (nicht-organisatorisches) Rechtsgeschäft geknüpft ist; in der Wirkung der Vertretungsmacht dadurch, daß sie wie die Vollmacht zwar eine unmittelbare Zuweisung ermöglicht, aber eine Zurechnung⁽⁴⁾.

II. Nach der Klärung, was unter dem Begriff Zurechnung zu verstehen ist, soll nun versucht werden zu erklären, warum Zurechnung als besondere Form der Vertretungs-Zuweisung bei der Vertretung der Juristischen Person, bei der Organschaft erfolgt.

a) Unsere Rechtsordnung hat nicht nur Menschen, sondern auch Personen- und Sachgesamtheiten als Rechts-Personen ausgebildet. Der Juristischen Person muß nun im Rechtsverkehr ein Verhalten ermöglicht werden, das dem Verhalten einer natürlichen Person gleichwertig ist.

-
- 1) vgl. WOLFF Vertretung 204: subjektive Bezogenheit der Rechtsfolge auf eine Person ist subjektive Zurechnung; WOLFF Vertretung 261; KELSEN Hauptprobleme 181: Zurechnungsbegriff entsteht durch die abstrahierende Zusammenfassung einzelner spezifischer Gedankengänge (Urteile) des Abstrahierenden, durch die er gewisse wahrgenommene Tatbestände der Außenwelt mit bestimmten Personen verknüpft.
 - 2) vgl. KELSEN Hauptprobleme 708.
 - 3) WOLFF Vertretung 178, 91: die Vertretung einer Gruppe, sofern die Befugnis zum Handeln des Vertreters und zur Zurechnung durch eine Gruppenorganisation bestimmt ist.
 - 4) s. WOLFF VwR I § 35.

Dieses Anliegen bewog die Vertreter der sog. Organogie⁽¹⁾, die Juristische Person wie einen Organismus zu behandeln. Zwar ist die Juristische Person kein Organismus, vielmehr eine rechtstechnische Organisation⁽²⁾; aber doch muß sie als ein einheitliches, von anderen Zuständigkeitskomplexen unterscheidbares Subjekt gesehen werden⁽³⁾.

b) Die Rechtsordnung rechnet das Verhalten des Menschen dem Rechtssubjekt seiner Person zunächst zu, ehe sie das primäre Urteil spricht und die Rechtsfolge feststellt⁽⁴⁾. Der Mensch ist erst als Subjekt des Rechts Person. Träger von Berechtigungen und Verpflichtungen ist nicht der Mensch, sondern die Person als Zurechnungssubjekt. Dementsprechend wird auch die Personen- bzw. Sach-Gesamtheit juristisch zur Person. Der von einem Menschen gesetzte Tatbestand wird zugewiesen (zugerechnet) nicht der Person des handelnden Menschen, sondern der Juristischen Person der Personen- oder Sachgesamtheit, sofern bestimmte rechtsordnungsgemäße Voraussetzungen erfüllt sind.

c) Der gleiche mikrokosmische Vorgang der Zurechnung spielt sich also bei natürlicher wie Juristischer Person ab. Die Juristische Person braucht sich daher nicht (kann es aber) mit der Zuweisungsform der Stellvertretung (Zurechnung des Tatbestandes zur Person des Handelnden⁽⁵⁾) zu begnügen; vielmehr ist sie durch ihre Walter im Rechtsverkehr ebenso wirksam wie die natürliche Person. Die Möglichkeit der Zurechnung zu einer dem Substrat nach von

1) GIERKE: SchmollJhb 39,584; PREUSS: SchmollJhb 26,558, 594; HELFRITZ AStR 83; GIESE 53

2) s. WOLFF Vertretung 282: Parallele zum natürlichen Organ muß aufgegeben werden; auch Kelsen AStL 10, 267, ders. Hauptprobleme 696; ENNECCERUS-NIPPERDEY I 1 S. 399 Anm. 2.

3) vgl. GROSSE 2; BOHLEY: BayBm 1953, 218; Kelsen AStL 263: alle Teile des Ganzen, alles was als Glied des Ganzen in Betracht kommt, ist als Organ, d.h. als in Wesenbeziehung zum Ganzen stehend, als an der Bildung des Ganzen beteiligt, das Ganze erzeugend, realisierend aufzufassen; ders. ebenda 268: Zurechnungs-Ordnungseinheit, die in der Ordnung zuzurechnender Tatbestände konstituierte Einheit dieser Tatbestände.

4) s. WOLFF Vertretung 243; Kelsen AStL 65.

5) s. LEHMANN 279: Wirkungen treffen den anderen.

dem den Tatbestand setzenden Subjekt verschiedenen Person ist eine besondere Ausnahmeform rechtlicher Zuweisung, ein Privileg, das die Juristische Person bei ihrer Entstehung verliehen erhält.

d) Der Grund für die Verleihung, die die Gleichstellung von Juristischer und natürlicher Person in ihrer Wirkfähigkeit bewirken soll⁽¹⁾, gibt gleichzeitig die Grenze an für die Anwendung der Zurechnungsregel. Die Zurechnung zur Juristischen Person kann nur dort erfolgen, wo es zu ihrer Wirkfähigkeit vonnöten ist. Zugeordnet wird also der Tatbestand zur Juristischen Person, wenn das tatbestandssetzende Subjekt als Walter eines Organs dem Komplex der Juristischen Person durch organisatorischen Rechtssatz angefügt ist, damit diese wirkfähig wird. In allen anderen Fällen ist eine Zurechnung zur Juristischen Person nicht zulässig.

III. a) Im strengen Sinne kann der Prozeß der Tatbestandszuweisung (Zurechnung) nicht als Vertretung verstanden werden; schon garnicht als Stellvertretung, d.i. Handeln an Stelle⁽²⁾, statt einer anderen Person⁽³⁾. Der Stellvertreter steht neben dem Vertretenen; beide sind potentielle erste Zurechnungspunkte. Der Organwalter hingegen steht für die Juristische Person als einzig mögliches erstes Zurechnungssubjekt; die Juristische Person handelt durch Organwalter⁽⁴⁾. Der Stellvertreter handelt kraft eigener Zurechnungssubjektivität; der Organwalter kraft der Zurechnungssubjektivität der Organisation.

1) s. WESTERMANN in ERMAN § 31 Erl 1.

2) so ähnlich schon prOVG 70, 263 im Anschluß an HELFRITZ Vertretung 31, 47; ferner GIERKE Haftung 111.

3) vgl. WOLFF Vertretung 297: die rechtselementare subjektive Zurechnung bezieht sich, wenn sie auf die Juristische Person geht, nur auf Organwalter nach Maßgabe ihrer Zuständigkeit; wenn sie dagegen auf eine physische Person geht, primär auf diese selbst.

4) s. WESTERMANN: ERMAN § 31 Erl 1.

Zurechnung erfolgt auch vom Menschen zu seiner Person, ohne daß hier von Vertretung die Rede sein kann. Der Zurechnungsvorgang bei der natürlichen wie bei der Juristischen Person erfolgt zu deren Selbstverwirklichung im Rechtsverkehr und nicht zu deren Fremddarstellung (=Vertretung). Die Juristische wie auch die natürliche Person wird mit Hilfe der Tatbestandszuweisung (Zurechnung) von den übrigen Teilnehmern am Rechtsverkehr selbst wahrgenommen, nicht durch andere Rechtssubjekte vorgestellt.

b) Andererseits kann die Tatbestandszuweisung (Zurechnung) zur Juristischen Person doch als Vertretung begriffen werden⁽¹⁾, weil Absender und Empfänger der Zurechnung dem Substrat nach je verschiedene Rechtssubjekte sind; denn Vertretung findet statt, wenn das Verhalten eines Rechtssubjekts einem anderen durch objektivrechtlich typisiertes Urteil zugewiesen wird mit der Folge, daß aus dem Verhalten des Vertreters der Vertretene verpflichtet und berechtigt wird⁽²⁾.

c) Die Juristische Person zeigt einen Januskopf im Schnittpunkt von Rechtsformen der Vertretung und der Selbstverwirklichung von Rechtssubjekten. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine objektivrechtlich typisierte Vertretungsmacht vorliegen muß, damit die Sekundär-Zuweisung erfolgen kann. Einer solchen Vertretungsmacht bedarf es nicht bei der Zurechnung des vom Menschen gesetzten Tatbestands zu seiner Person. Es muß aber die Person Trägerin der vom Menschen mit der Tatbestandssetzung wahrgenommenen Zuständigkeit⁽³⁾ sein; d.h. es muß eine rechtsordnungsgemäße Bezogenheit der Rechts-

-
- 1) KELSEN Hauptprobleme 706: vollkommene Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung (gegen HELFRITZ Vertretung 31); WOLFF Vertretung 286, 292: auch Organschaft ist Vertretung.
 - 2) vgl. WOLFF VwR I § 35 I a.
 - 3) zum Begriff: HELFRITZ AStR 90, Vertretung 40: von der Verfassung verliehene Fähigkeiten zu juristisch wirksamem Handeln; "zustehen" in § 31 BGB. Dazu WOLFF Vertretung 241: unter organisatorischer Zuständigkeit versteht man unter Einbeziehung der Normen der übergeordneten Rechtsordnung nicht nur die Befugnis; vgl. auch FRIEDRICHS: HdR VI 1065: Zuständigkeit ist die Gesamtheit der Befugnisse und Pflichten.

handlung auf die Rechtsstellung, auf Rechte und Pflichten der Person vorliegen. So muß zB die Person Eigentümer einer Sache sein, damit die Herausgabe der Sache nach § 985 BGB wirksam verlangt werden kann.

Der oben erklärten Zwitterstellung der Juristischen Person entsprechend muß zugleich von Vertretungsmacht und von Zuständigkeit gesprochen werden, wenn die Voraussetzung wirksamer Zurechnung durch die Rechtsordnung erfaßt werden soll.

Bei zur Außenvertretung berufenen Organen (d.h. bei Vertretungsorganen, die zuständig sind zu unmittelbaren, konkreten Rechtshandlungen gegenüber Privat- und Zivilpersonen sowie anderen Hoheitspersonen⁽¹⁾) deckt die Zuständigkeit den (engeren) Begriff der Vertretungsmacht.

IV. Die Überlegungen können zusammengefaßt werden zu der Einsicht, daß die Zurechnung als Sekundärzuweisung geknüpft ist an eine entsprechende objektivrechtlich typisierte Vertretungsmacht, die bei Vertretungsorganen von der Zuständigkeit gedeckt wird.

V. Die Vertretungsmacht bzw. Zuständigkeit hat viele mögliche Quellen, die Organisationssatzung der Juristischen Person, eine Delegation, ein Mandat und das Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung sowie den Rechtsschein.

a) Die Organisationssatzung der Juristischen Person nennt Einrichtungen, in denen je verschiedene Aufgaben (Kompetenzen) der Personengesamtheit zusammengefaßt sind. Um der Stabilität der Regelung willen werden die für die Gemeinde handeln sollenden Menschen nicht konkret, sondern abstrakt nach ihrem Amt, nach ihrer Rolle in der Organisation, in dem Gefüge von institutionalisierten Kompetenz- und Zuständigkeitskomplexen bestimmt. Die rechtssatzmäßig⁽²⁾ von der Satzung (Organisationsgesetz) zur Zusammenfassung einzelner Aufgaben (Kompetenzen) und

1) im Gegensatz zu den Geschäftsführungsorganen, die zuständig sind zu unmittelbaren, konkreten Rechtshandlungen gegenüber anderen Organen derselben Juristischen Person; s. WOLFF Vertretung 104, VwR II MS § 75 e.

2) vgl. NAWIASKY AStL III 71.

der auf sie bezogenen Zuständigkeiten gebildeten, eigenständigen, rechtlich selbständigen Institutionen, Komplexe von Zuständigkeiten sind die (juristischen) Organe⁽¹⁾ - so genannt in Analogie zu den physischen Organen des Lebewesens. In einem idR durch die Satzung geregelten Berufungsverfahren werden die so gebildeten Organe durch Einsetzung von Organwaltern eingerichtet. Damit ist die Juristische Person nach außen wirk-(handlungs-, willens-, geschäfts-)fähig. Der als Organwalter handelnde Mensch nimmt die (Organ-)Zuständigkeiten des Organs, das er ausfüllt, nur dann und insoweit wahr, als er spezifisch und erkennbar in seiner Eigenschaft als Organwalter handelt⁽²⁾.

1. Dem Organ ist durch die Satzung ein ständiger, ursprünglicher Walter zugewiesen, der originäre Organwalter (Organwalter ieS).
2. Um aber die Wirkfähigkeit der Juristischen Person nicht von physischen oder rechtlichen Zufälligkeiten (zB Krankheit, Vakanz, Abwesenheit, rechtlicher Verhinderung wegen Interessenkollision) abhängig sein zu lassen, auch um drohender Arbeitsüberlastung zu steuern, bestimmt die Verfassung konkurrierende, aber dem originären Organwalter idR weisungsunterworfenen und statt seiner

1) zum Begriff: WOLFF Vertretung 236; KÖTTING 37 Anm.3, 57 Anm 2; MENER:AOÖR 78, 160; WOLFF VwR II MS § 74: ein rechtlich selbständiges Glied einer Organisation und Mittel zur Vernehmung von Funktionen eines Verbandes oder einer Sachgesamtheit. Zu diesem Zweck wird die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes oder der Sachgesamtheit durch Rechtssätze gewissen, in diesen oder anderen Rechtssätzen gebildeten Subjekten, den Organen, übertragen, indem ihnen durch organisatorischen Rechtssatz die Verpflichtung und Berechtigung zugeschrieben wird, die Rechte und Pflichten der zu rechtlich subjektiver Einheit organisierten Vielheit wahrzunehmen; anders NAWIASKY AStL I 48: gewisse qualifizierte Einzelpersonen, die als Repräsentanten der Gemeinschaft, der Gesamtheit angesehen werden, sind Organe; NAWIASKY AStL III 71: Organe, als solche, losgelöst von den Trägern, gibt es nicht.

2) In der Rechtsprechung des RG zeigen sich vereinzelt bereits Ansätze einer Unterscheidung zwischen Organ und -walter; vgl. RGSt 33,385.

handelnde Organwalter, die Ersatzwalter⁽¹⁾ (Organwalter iWS).

Sie sind wahrnehmungszuständige Walter des Organs, dessen originäre Walter sie ersetzen sollen, in derselben rechtlichen Qualität wie diese⁽²⁾. Sie sind nicht Walter eines konkurrierenden Organs. Die Ersatzwalter werden unter verschiedenen Bedingungen berufen und können daher in verschiedene Typen eingeteilt werden, wobei die jeweilige Bezeichnung den Berufsgrund angibt:

- aa) der ständige allgemeine Vertreter,
- bb) der allgemeine Vertreter im Falle der Verhinderung,
- cc) der ständige Sondervertreter,
- dd) der Sondervertreter im Falle der Verhinderung
des originären Organwalters.

Koordinaten dieser Systematisierung sind einmal die Vergleichung der Sachgebiete von Ersatz- und originärem Organwalter und zum anderen der Umstand, der zum Eintritt der Ersetzung führte.

Der Sondervertreter hat nicht eine geringer bemessene Wahrnehmungszuständigkeit, sondern ein durch internen Geschäftsverteilungsplan abgegrenztes kleineres sachliches Arbeitsgebiet. Diese gegenständliche Beschränkung auf ein Sachgebiet geschieht nicht durch objektiven organisatorischen Rechtssatz und führt daher nicht zu einer Beschränkung der Wahrnehmungszuständigkeit des Ersatzwalters nach außen⁽³⁾.

b) 1. Die Rollenverteilung innerhalb der Organisation und die Einräumung von Zuständigkeiten kann zum zweiten - in Abweichung von der allgemeinen oder regelmäßigen Zuständigkeitsordnung - erfolgen durch echte (devolvierende, translativ, befreiende) Delegation. TRIEPEL 23 versteht unter Delegation Kompetenzverschiebung. Genauer

1) wie hier: DIEKAMP 101; ELLERINGMANN AV 104 nennt sie Untervertreter; als Organe werden sie bezeichnet von GROSDIDIER 3, 5, SCHLEMP 21, LÜNENBÜRGER 5; mißverständlich PETERS Lehrbuch 53: hat Stellung kraft Mandats.

2) vgl. MASSON Art. 38 Erl 1.

3) a.M. NAUK:JW 1936,1572; SCHLEMP 26; LÜNENBÜRGER 69; DIEKAMP 107; BERKENHOFF: Gem 1954, 155; ELLERINGMANN AV 105; WALZ:KomHdb I 266.

gesagt, ist Delegation die (nachträgliche) Übertragung der rechtssatzmäßig festgelegten Organ-Zuständigkeit auf ein anderes oder durch die Delegation neu gebildetes Organ durch das bisher wahrnehmungszuständige Organ, handelnd durch seinen Organwalter kraft eigenen Entschlusses - sofern dieses Organ für eine Übertragung zuständig ist, d.h. wenn die Zuständigkeitsübertragung selbst Inhalt der Zuständigkeit des delegierenden Organs ist⁽¹⁾. Ein Organ kann auch einen trennbaren, selbständigen Teil seiner Organ-Zuständigkeit übertragen.

Adressat des Rechtsakts der Delegation ist das Organ als Institution.

Das Delegatar-Organ erwirbt die Organ-Zuständigkeit des delegierenden Organs, das sie verliert⁽²⁾. Der Delegatar-Walter übt eine eigene Wahrnehmungszuständigkeit aus und handelt im eigenen Namen und als eigene Instanz⁽³⁾. Delegation ist somit wegen der Änderung der Organ-Zuständigkeit eine (nachträgliche) Änderung der Organisationsordnung und eine Verfügung über das Organgefüge, die in der Form eines (der Organisationssatzung materiell gleich- oder höherwertigen) Rechtssatzes oder auf Grund rechtssatzmäßiger Ermächtigung und in der Form des Rechtssetzungsverfahrens erfolgen muß⁽⁴⁾.

Der Delegatar-Walter wird Organwalter in der gleichen Qualität wie der Walter des delegierenden Organs. Er ist nicht Ersatzwalter und steht nicht in Konkurrenz zum delegierenden Organwalter. Keine Delegation ist die Erteilung von Direktiven; sie schreiben nur vor, wie der Empfänger, das Organ, seine vorhandene Zuständigkeit auszuüben hat.

Die echte Delegation ist wegen ihrer strengen Voraussetzungen im Gemeinderecht sehr selten; es spricht eine Ver-

1) ähnlich, doch ohne Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter: PETERS Lehrbuch 53: Übertragung nicht auf eine bestimmte Person, sondern auf Amtsträger; zu ungenau: KÖTTING 51.

2) s. RINGE: DVBl 1957, 676.

3) s. TRIEPEL 14.

4) TRIEPEL 29; OBERMAYER: JZ 1956, 629; FORSTHOFF 395

mutung gegen ihre Zulässigkeit, weil die Delegation ein Eingriff in die verfassungsmäßige und gesetzmäßig vorgenommene Kompetenzschichtung ist.

2. Die gesetzliche Delegation⁽¹⁾

Wenn eine Wahrnehmungszuständigkeit einem Organ durch das Organisationsgesetz (Verfassung) zugeteilt wird, darf nicht von echter Delegation gesprochen werden, weil keine Ab- und Zuschiebung der Organzuständigkeit stattfindet. Der Gesetz- oder Verfassungsgeber könnte logisch überhaupt nur seine eigene Zuständigkeit zur Gesetz- oder Verfassungsgebung delegieren. Die Zuteilung einer Organzuständigkeit ist zwar eine Zuständigkeitsverteilung; aber kein Organ hat je vorher tatsächlich die zugeteilte Zuständigkeit ausgeübt. Eine sog. gesetzliche Delegation ist also in Wahrheit die organisatorische, verfassungsgebende, originäre Instituierung von Organzuständigkeit.

3. Die sog. delegatio a iure

Der Gegenstand dieser Übertragungsform ist derselbe wie der einer echten Delegation: die Organzuständigkeit wird ab- und einem Organ zugeschoben. Diese Verschiebung geschieht aber nicht durch das die Organzuständigkeit verlierende Organ, sondern durch verfassungsänderndes Gesetz. Dieses Gesetz überwälzt die Organzuständigkeit, die bisher einem Organ zugestanden hat, auf ein anderes Organ; nicht aber verschiebt der Gesetzgeber seine eigene Gesetzgebungs-Zuständigkeit.

Die sog. delegatio a iure ist also in Wahrheit eine Verfassungsänderung durch organisatorisches Gesetz.

4. Die fiktive oder hypothetische Delegation⁽²⁾

Mit diesem Begriff wird eine (oft repräsentierende) Beziehung bezeichnet zwischen einem zuständigen Organ einerseits und einem anderen Organ oder einer (Gesamt-) Organisation oder gar dem sozialen Substrat einer Organisation andererseits, die sämtlich selbst zur Wahrnehmung elementar unfähig sind. Diese Beziehung ist deshalb

1) vgl. ZUHORN 60.

2) ZUHORN 60: gesetzlich fingierte Delegation.

kein Delegationsverhältnis, weil der Delegierende selbst zu tun imstande sein muß, was er auf ein anderes Organ hypothetisch überträgt⁽¹⁾.

Eine solche Fiktion einer Delegation dient oft der (politisch-ideologischen) Rückführung der Staatsgewalt auf außerstaatliche oder überstaatliche Autoritäten, insbesondere auf das Volk, das seine Souveränität durch Delegation auf den Staat übertragen haben soll⁽²⁾. Derartige politische Tendenzen sind auch in einzelnen Gemeindeverfassungen zu finden; etwa wenn die Bürger ihre "Zuständigkeiten" durch fingierte Delegation auf den Rat ausüben sollen.

Fiktive Delegation ist auch die Übertragung einer Kompetenz, die der Natur nach nicht von einem Kollegium ausgeübt werden kann, durch ein den sog. Gemeinwillen repräsentierendes Kollegialorgan auf ein handlungsfähiges Einzelorgan; zB durch die Bürgerrepräsentation auf den Verwaltungsleiter.

Die Vorstellung eines Handelns des Gemeinwillens ist falsch, eines Handelns, dem man die Natur eines rechtlichen Akts, einer Delegation, beimißt. Von einer Delegation durch den sog. Gemeinwillen kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil dieser sog. Gemeinwille erst durch Organe rechtstechnisch wirksam gemacht werden muß.

Die Bildung von Organen ist jedoch Verfassungsgebung. Wenn eine Gemeindeordnung eine solche Fiktion aufstellt, handelt es sich in Wahrheit um die Bildung von Organen und Organzuständigkeiten durch organisatorischen Rechtsatz.

5. Die konservierende (bewahrende) Delegation

Die fiktive Delegation kann verbunden sein mit dem Recht des hypothetisch Delegierenden, im Einzelfall die delegierte Organ-Zuständigkeit auch selbst auszuüben oder die organschaftliche Zuständigkeit zur Wahrnehmung dieser Organ-Zuständigkeit einem besonderen Vertreter des hypothetisch Delegierenden einzuräumen (zB das Rückholrecht des Rats in der nwGemO).

1) vgl. TRIEPEL 67.

2) vgl. TRIEPEL 58 ff.

Das ist der Tatbestand der konservierenden Delegation; nämlich des Rechtsakts der Übertragung von Organ-Zuständigkeiten mit dem Vorbehalt des Delegierenden, diese auch selbst konkurrierend auszuüben. Statt des Zuständigkeitsverlusts tritt der Ausschließlichkeitsverlust hinsichtlich der Organzuständigkeit ein. Der konservierend Delegierende bleibt auch ohne Widerruf konkurrierendes Subjekt der Organ-Zuständigkeit mit der Wirkung, daß dieselbe Eigen-Zuständigkeit der Juristischen Person zwei Organen zur Wahrnehmung zusteht. Dennoch kann diese Zuständigkeit nicht zugleich und durcheinander wahrgenommen werden; vielmehr ist es der immanente Sinn der konservierenden Delegation, daß der Delegierende abstinert in Reserve bleibt und dem Delegatar den Vortritt läßt, solange er nicht die eigene Wahrnehmung für notwendig hält und das durch Evokation - nicht Widerruf - nach außen zu erkennen gibt; zB §§ 28 III, 55 Satz 2 nwGemO, § 27 I schlh GemO.

Um der Rechtssicherheit willen muß das Verhältnis zwischen den Organakten der beiden konkurrierenden Organe bestimmt werden. Es existiert kein Rechtssatz, der Antwort geben könnte. Maßgebend kann nicht ein politischer Vorrang oder ein soziales Übergewicht sein, sondern allein der theoretische, rechtstechnische Zweck der konservierenden Delegation.

Elementar liegt dieser Übertragungsform das Interesse oder notwendige Bedürfnis des Delegierenden zugrunde, sich von einer etwaigen Überfülle von ihm gesetzlich zugewiesenen Organ-Zuständigkeiten zu erleichtern, aber nicht völlig zu befreien. Der überbürdete Delegant wählt eine modifizierte Form der Delegation und muß dann aber auch die Grundregel der Delegation anerkennen: der Delegatar übt die ihm übertragene Zuständigkeit im eigenen Namen aus - nicht im Namen des Deleganten - und tritt so dem außerhalb der Organisation stehenden Dritten gegenüber. Die Rechtsunsicherheit wäre vollkommen, wenn sich der auf die Amtsbezeichnung vertrauende Dritte plötzlich einer dem ersten Handeln gegenüber konträren Handlung eines ebenfalls im eigenen Namen - oder als be-

stellter Walter eines Kollegialorgans in dessen Namen - befugt Handelnden gegenüber sähe und sich sagen lassen müßte, daß das zeitlich spätere Handeln das gültige Handeln der Organisation sei, weil es das Handeln des konservierend Delegierenden sei. Weil beide Handelnden im eigenen Namen handeln und die gleiche Organzuständigkeit hinsichtlich derselben Kompetenz ausüben, kann sich das Verhältnis zwischen den Handlungen beider allein nach der zeitlichen Prävention richten⁽¹⁾.

Sobald der konservierende Delegatar seine ihm übertragene Organ-Zuständigkeit ausgeübt hat, ist der Ausübungsvorbehalt des konservierend Delegierenden in dieser Sache hinfällig; insoweit liegt nicht mehr res integra vor, denn das zuständige Verhalten des präventiv Handelnden hat bereits auf den Kompetenzbestand eingewirkt und ihn gestaltet oder verändert⁽²⁾. Die lediglich interne Evokation (der Rückholbeschluß) kann die objektive Zuständigkeitsordnung nicht ändern und nimmt dem Delegatar nicht seine Organ-Zuständigkeit⁽³⁾. Der konservierend Delegierende hat allenfalls uU die objektivrechtliche Befugnis, den vom Delegatar vollzogenen Akt nachträglich aufzuheben oder seiner Wirkungen zu beseitigen⁽⁴⁾.

Bei Anwendung des Präventionsprinzips kommt die konservierende Delegation einer echten Delegation nahe.

c) Wenn nicht die Organ-Zuständigkeit übertragen, sondern in einem oder mehreren Einzelfällen⁽⁵⁾ eine Wahrnehmungs-Zuständigkeit zur organschaftlichen Wahrnehmung der Organ-Zuständigkeit einem anderen als dem verfassungsmäßig berufenen Walter eingeräumt wird, liegt ein (verwaltungsrechtliches) Mandat vor. Es ist ein innerorganisatorischer Amtsauftrag, der auf einem organisato-

1) vgl. TRIEPEL 54.

2) Demgegenüber ist es irreführend, von primärer Zuständigkeit des Deleganten und sekundärer des Delegatars zu sprechen; so WOLFF VwR II MS § 72.

3) a.M.: DIEKAMP 49

4) ähnlich, aber in anderem Zusammenhang: NAUK:JW 1936, 1571; a.M. DIEKAMP 49

5) FORSTHOFF 395: Beauftragung im Einzelfall grundsätzlich zulässig.

rischen Rechtssatz beruht und vom verfassungsmäßig berufenen Walter ausgesprochen wird⁽¹⁾. Adressat des Mandats ist die natürliche Person, der Walter.

(Originäre oder Ersatz-)Organwalter haben idR die Befugnis, aus dem Komplex ihrer organschaftlichen Wahrnehmungszuständigkeiten zeitweise (auf begrenzte Dauer)⁽²⁾, in Fällen der Verhinderung oder der Überlastung und hinsichtlich einer einzelnen Angelegenheit oder eines Kreises von Aufgaben (Spezialität)⁽³⁾ einzelne Wahrnehmungszuständigkeiten auszuscheiden und einem anderen Walter einzuräumen.

Nur was suo iure zustand, kann mandiert werden. Beginn und Ende der Mandatarbefugnis hängen von der Wahrnehmungszuständigkeit des Mandanten ab.

Der Amtsbeauftragte (Mandatar) übt seine auf die Organzuständigkeit, die bisher der den Amtsauftrag erteilende Walter wahrgenommen hat, bezogene⁽⁴⁾, jederzeit widerriefliche Wahrnehmungszuständigkeit im Namen des mandierenden Organs aus, ohne eigene Instanz zu sein⁽⁵⁾.

Das Mandat verschafft somit dem im Komplex seiner Organzuständigkeiten unveränderten Organ einen zusätzlichen Organwalter. Die verfassungsgemäße Verteilung der Organzuständigkeiten bleibt unberührt, so daß der Amtsauftrag nicht in der Form eines materiell der Organisationssatzung gleich- oder höherrangigen Rechtsakte ergehen muß.

-
- 1) ähnlich, nur von Organ statt von Walter sprechend HILD 24,36; unklar LÜNENBÜRGER 87; vgl. HELFRITZ Vertretung 102: keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung, sondern ein innerdienstlicher Verwaltungsakt.
 - 2) TRIEPEL 32: Durch häufige Wiederholung kann das Mandat zur Ausbildung eines festen Amtes führen, dessen Inhaber dann die Stellung eines Delegatars gewinnt.
 - 3) vgl. TRIEPEL 31; BERKENHOFF: Gem 1954,156; BOHLEY BayBm 1953,268.
 - 4) anders WOLFF VwR II MS § 72: Die getroffene Maßnahme ist eine Maßnahme des Mandanten.
 - 5) vgl. TRIEPEL 26.

Dem Mandatar ähnlich ist der Ersatzwalter, nur daß dieser durch die Verfassung für eine von vornherein als Vertretungsamt eingerichtete Wahrnehmungszuständigkeit vorgesehen und berufen ist. Deshalb zeichnen die Ersatzwalter "i.V.", während Mandatare "i.A." handeln⁽¹⁾.

d) Die Juristische Person kann auch durch rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Stellvertreter vertreten werden. (Weil die Juristische Person ihrem Wesen nach keine höchstpersönlich vorzunehmenden Geschäfte hat, kann jede, allerdings nur privatrechtliche, nicht öffentlich-rechtliche Zuständigkeit von einem Stellvertreter wahrgenommen werden⁽²⁾.)

Der Stellvertreter steht als nicht-organschaftlicher Vertreter nicht für die Juristische Person, sondern anstelle der Juristischen Person⁽³⁾. Durch das Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung wird keine organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit, sondern eine Vertretungsmacht eingeräumt.

Stellvertreter kann jede natürliche Person sein, soweit sie nach privatrechtlichen Vorschriften vertreterfähig ist⁽⁴⁾. Gegenstand der Bevollmächtigung können einzelne oder mehrere gattungsmäßig bestimmte, d.h. spezielle Geschäftsbesorgungen sein. Der Stellvertreter handelt im Namen der Juristischen Person.

Im Gegensatz zum Organwalter (auch zum Mandatar) ist der bevollmächtigte Stellvertreter nicht Inhaber einer organschaftlichen, fremdbezogenen Wahrnehmungszuständigkeit, sondern Ausüßer einer fremden Eigenzuständigkeit, also Inhaber einer nichtorganschaftlichen, eigenbezogenen Ausübungszuständigkeit. Jede organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit muß durch organisatorischen Rechtsatz oder auf Grund eines organisatorischen Rechtssatzes (= "verfassungsmäßig berufen" in § 31 BGB) eingeräumt sein. Schon daran scheitert es, den bevollmächtigten Stellvertreter als Inhaber einer organschaftlichen Wahrnehmungszuständigkeit anzusehen.

1) s. TRIEPEL 28.

2) s. ELLERINGMANN revDGO 75.

3) s.o. S.11.

4) a.M.: HILD 35.

Beauftragte sind hingegen organschaftliche Vertreter, weil sie innerhalb der Verbandsorganisation stehen⁽¹⁾.

Der Bevollmächtigung liegt idR ein Rechtsverhältnis zugrunde (zB ein Werkvertrag oder ein Auftrag), das aber von der Vertretungsmacht (Vollmacht) scharf zu unterscheiden ist.

e) Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins

1. Die Vertretungsmacht kann auch auf dem Rechtsschein beruhen, der von dem objektiven Umstand des Auftretens eines (in Wirklichkeit vollmachtlosen) "Stellvertreters" ausgeht (sog. Scheinvollmacht⁽²⁾). Organschaftliche Zuständigkeit kraft Rechtsscheins ist unmöglich wegen des zwingenden Charakters der rechtssatzmäßigen Zuständigkeitsregelung für eine (Juristische) Person, die nur durch normative Organisation als rechtstechnisches Rechts- und Pflichten-Subjekt existiert. Eine Zuständigkeitsvermutung⁽³⁾ ist nur innerhalb der rechtssatzmäßig organisatorischen Zuständigkeitsregelung möglich; so zB im Fall der Eheschließung vor einem Nicht-Standesbeamten⁽⁴⁾ sowie in den Fällen, in denen der erklärende Verwaltungsleiter, der nicht Vorstand ist, objektivrechtlich zum Zusammenwirken mit dem Vorstand verpflichtet ist und ein Vorstandsbeschuß fehlt, aber auch nicht rechtssatzmäßig absolut gefordert wird. In diesen letztgenannten Fällen aus dem Gemeinderecht wird die uneingeschränkte Zuständigkeit des Verwaltungsleiters vermutet, weil und soweit er sonst für dringliche Entscheidungen oder laufende Verwaltungsgeschäfte

1) so DIEKAMP 128; SCHLEMP 16; a.M. STEFFENS: DJZ 1935, 607

2) WOLFF Vertretung 198; CAPELLER: MDR 1956, 7, BGHZ 5, 111; BGHZ 6, 330, BGH: MDR 1953, 345; generell ablehnend OLG München: MDR 1953, 165 m.Anm.v. WOLFF

3) zum Begriff: WOLFF Vertretung 241

4) § 11 EheG ist eine Zuständigkeitsvermutung und nicht eine Zuständigkeit kraft Rechtsscheins; denn auf die Gutgläubigkeit der Verlobten kommt es nicht an; vgl. PALANDT Anm. 3 zu § 11 EheG.

unbeschränkt zuständig ist. HAMEL⁽¹⁾ sieht eine Zuständigkeitsvermutung auch in den besonderen Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen, weil und soweit die Formvorschriften die Kundgabe gefaßter notwendiger Beschlüsse des Vorstands durch den Verwaltungsleiter regeln. Wenn die Erklärung vom Beschluß abweiche, sei die Gemeinde kraft Rechtsscheins an die Erklärung gebunden, sofern die Form eingehalten worden sei⁽²⁾.

Das Rechtsscheinsprinzip beruht auf dem in § 242 BGB geäußerten Rechtsgedanken und ist auf die im Privatrechtsverkehr als Privatrechtssubjekt gleichgeordnet teilnehmende Juristische Person grundsätzlich anwendbar. Das Rechtsscheinsprinzip kann aber lediglich die erkennbar angeblich zuständige, aber vollmachtlos für die Juristische Person auftretende natürliche Person zum Handeln anstelle der Juristischen Person mit der Folge der Zuordnung der Rechtsfolgen aus dem Vertreterverhalten legitimieren, sofern - was stets neben einem entsprechenden den Rechtsschein verursachenden objektiven Sachverhalt subjektive Voraussetzung für die Anwendung des Rechtsscheinsprinzips ist - der Dritte, dem der vorgebliche Stellvertreter entgegentritt, sich im guten Glauben an die bestehende Vertretungsmacht befindet.

2. Die durch den Rechtsschein ersetzte, in Wirklichkeit fehlende Vertretungsmacht ist keine absolute, sondern wird nur relativ gegenüber dem gutgläubigen Dritten fingiert.

Objektive Voraussetzung ist ein den Rechtsschein verursachender Tatbestand, nicht ein schuldhaftes Verhalten der Juristischen Person bzw. ihrer Organwalter⁽³⁾. Der objektive Sachverhalt muß im Einzelfall so geartet sein, daß der mit der Juristischen Person kontrahierende Dritte aus dem Verhalten der Juristischen Person - d.h. derer für das Geschäft eigentlich zuständigen Organwalter - gegenüber den Handlungen und

1) DVBl 1955, 797

2) ähnlich auch die sog. Legitimationstheorie;
Näheres dazu s.u. S. 89 - 91

3) RGZ 170, 284; a.M. DIEKAMP 52 f.

Erklärungen des (angeblichen) Vertreters auf das Bestehen oder die Erteilung einer diesem Verhalten entsprechenden Vertretungsmacht schließen mußte⁽¹⁾; so zB die die Erfüllung bestätigende Leistungsannahme durch den sonst zuständigen Organwalter sowie erkennbar bestätigendes Dulden⁽²⁾.

Diese Fingierung von Vertretungsmacht, die im gegebenen Fall zur Vollwirksamkeit des vom Vertreter getätigten Rechtsgeschäfts führen kann, muß trotz der Gemeinsamkeit der Rechtsgrundlage in § 242 BGB unterschieden werden von der (unzulässigen) Berufung des Geschäftsgegners auf Treu und Glauben (dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung) gegenüber der Berufung der Juristischen Person auf Zuständigkeitsfehler⁽³⁾ sowie von der Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß, wenn wegen der Unzuständigkeit des Walters ein Vertrag nicht zustande gekommen ist.

3. Von der Scheinvollmacht, die eine fehlende Vertretungsmacht ersetzt, zu trennen ist die stillschweigende Erteilung einer Vollmacht durch schlüssiges Verhalten⁽⁴⁾, das einer Willenserklärung bei gleichem objektivem Erklärungswert gleichgesetzt wird. Aber auch dann, wenn der objektive Erklärungswert eines Verhaltens den Erklärungswillen bezüglich einer Bevollmächtigung nicht anzeigt, den für die jeweilige Angelegenheit eigentlich zuständigen Organwaltern aber das Verhalten eines angeblichen Vertreters bekannt ist und sie dieses Verhalten dulden, nimmt der BGH⁽⁵⁾ an, daß dem Vertreter Vollmacht erteilt worden sei (sog. Duldungsvollmacht⁽⁶⁾). Auf die Kenntnis des Organwalters kommt es für die Fingierung einer Vertretungsmacht weniger an als auf die Auffassung des Verhaltens der eigentlich zuständigen Organwalter der vertretenen Juristischen Person durch den Dritten.

1) RGZ 117,165; CAPELLER: MDR 1956,7

2) BEITZKE: MDR 1953,2.

3) a.M. DIEKAMP 53

4) RGZ 76,202.

5) NJW 1955,985.

6) vgl. LEHMANN § 36 V 2 a; KREGEL: Spark 1955,276:
Unterfall der stillschweigenden Vollmachterteilung.

4. Objektivrechtlich sind stillschweigende Vollmachtenerteilung und Scheinvollmacht bei Abgabe von besonderen (in Bay auch der einfachen) Verpflichtungserklärungen unmöglich, weil und soweit für deren Abgabe ein formelles Verfahren durch organisatorischen Rechtssatz zwingend angeordnet ist⁽¹⁾; denn auch die Bevollmächtigung zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen muß formell richtig erfolgen⁽²⁾.

In diesen Fällen bleibt dem gutgläubigen Dritten allenfalls die Berufung auf Treu und Glauben in Gestalt des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung.

f) Notzuständigkeit

Kraft objektiven Rechts ist die Durchbrechung der regelmäßigen funktionalen Zuständigkeitsordnung in den gesetzlich umschriebenen Fällen eines rechtlichen Notstands möglich: die Ersatzvornahme durch die Rechtsaufsichtsbehörde und die Bestellung eines Staatsbeauftragten⁽³⁾.

§ 4. Zuordnung und Zurechnung

I. Die Erkenntnis ist gewonnen worden⁽⁴⁾, daß die Zurechnung der Selbstverwirklichung der Juristischen Person dient und die Zuordnung durch Stellvertretung bewirkt wird. Daraus ist zu schließen, daß Zurechnung dann und soweit erfolgt, als durch das zuzurechnende Handeln sich die Juristische Person selbst verwirklicht; mit anderen Worten: dann, wenn die Wahrnehmung einer Zuständigkeit zur Wirkfähigkeit der Juristischen Person notwendig ist, wenn ein handelndes Rechtssubjekt, der Walter, notwendig für die und nicht anstelle der Gemeinde steht, wenn das elementar wirkunfähige, rechtstechnische Gebilde durch das zuzurechnende Verhalten eigentlich erst existent wird.

1) s. CAPELLER: MDR 1956, 8.

2) Näheres dazu s.u. S. 102.

3) Näheres dazu s.u. S. 76, 77.

4) s. o. S. 11.

II. Das jeweilige Verhalten der nach der Quelle ihrer Vertretungsmacht zu unterscheidenden Vertreter soll mit Hilfe dieser Einsicht daraufhin überprüft werden, ob es der Juristischen Person zugerechnet oder zugeordnet wird. Die Beantwortung dieser Frage hat praktische Bedeutung zB für die Haftung für rechtswidrig-schuldhaftes Verhalten des Handelnden und die Anwendung der §§ 177 ff BGB.

a) Ohne das Handeln der (originären oder Ersatz-) Organwalter in Wahrnehmung der Organzuständigkeit wäre die Gemeinde als Juristische Person faktisch nicht wirkfähig. Ihr zuständiges Verhalten wird daher zugerechnet.

b) Das Verhalten des Delegatar-Walters wird zugerechnet, weil sein Verhalten ebenso erst die abstrakt institutionalisierte Organ-Zuständigkeit konkretisiert und damit die Eigen-Zuständigkeit der Juristischen Person aktualisiert.

c) Als Walter der Organ-Zuständigkeit, die der mandierende Organwalter ausgefüllt hat, ist auch der Mandatar zur Wahrnehmung (Aktualisierung) der abstrakten Organ-Zuständigkeit, die auf die Eigen-Zuständigkeit der Juristischen Person bezogen ist, berufen und deshalb zur Wirkfähigkeit notwendig - mit der Folge, daß sein Verhalten der Juristischen Person zugerechnet wird⁽¹⁾.

d) Der bevollmächtigte Stellvertreter steht nicht als Walter innerhalb der Organisation der Juristischen Person, sondern außerhalb und in seinem Verhalten anstelle der Juristischen Person⁽²⁾.

Während der in organschaftlicher Wahrnehmungszuständigkeit handelnde Organwalter (auch der Mandatar) durch sein die Organ-Zuständigkeit wahrnehmendes Handeln die Juristische Person und ihre Eigen-Zuständigkeiten erst aktualisiert, ist das Handeln des bevollmächtigten Stellvertreters unmittelbar bezogen auf die bereits durch die

1) wie hier LÜNENBURGER 88: obwohl er im Verhältnis zur Gemeinde Stellvertreter ist, ist seine Rechtsstellung als ein organschaftliches Verhältnis anzusehen; a.M. RINGE: DVBl 1957, 676

2) GIERKE Haftung 111; MUNTZKE-SCHLEMPF 747

organschaftlich wahrgenommene Vollmachterteilung aktualisierte Eigen-Zuständigkeit der Juristischen Person⁽¹⁾. Nur die Bevollmächtigung selbst durch einen Organwalter ist organschaftlich notwendig.

III. Der elementare Zweck der Zurechnung ist die Selbstverwirklichung der Juristischen Person; dieser Zweck wird durch die rechtstechnische Bildung von aufeinander bezogenen Zuständigkeitskomplexen erreicht. Es hat sich gezeigt, daß stets dann zugerechnet wird, wenn der handelnde Vertreter eine auf ein Organ bezogene Zuständigkeit hat. Das Organ ist das rechtstechnische Aggregat, das die Zurechnung ausschließlich vermitteln kann. Die rechtstechnische und - wegen des Wesens der Juristischen Person als rechtstechnischer Organisation - entscheidende, ausschlaggebende Ursache der Zurechnung ist somit die Wahrnehmungs-Zuständigkeit, d.h. einer auf das Organ und dessen Kompetenz bezogener Wahrnehmungszuständigkeit⁽²⁾ (2a).

1) vgl. PETERS Lehrbuch 109.

2) Die Zurechnung eines Verhaltens (so zB der Bevollmächtigung) der Organwalter, auch des Mandatars erfolgt vorläufig zum Organ, endgültig zur Juristischen Person; so WOLFF Vertretung 250. Die Zuordnung des Verhaltens eines bevollmächtigten Stellvertreters erfolgt zur Juristischen Person, nicht zum Organ oder gar zum Walter; denn das die Vollmacht erteilende Rechtsgeschäft ist kraft Zurechnung Bevollmächtigung durch die Juristische Person selbst, und der Stellvertreter vertritt dasjenige Rechtssubjekt, das die Vollmacht erteilt hat; so muß zB das Klagerubrum richtig heißen: Klage gegen die Gemeinde A, vertreten durch den Rechtsanwalt B.

2a) WOLFF Vertretung 241: nur diejenigen Akte werden zugerechnet, die zuständigkeitsgemäß sind; denn Organ ist normatives Gebilde und vermag daher nur diejenigen Akte in sich aufzunehmen, die seinen Normen entsprechen.

§ 5. Der Stufenbau der Wahrnehmungszuständigkeiten

I. Die Zuständigkeit⁽¹⁾ ist begrifflich zu scheiden von der Kompetenz⁽²⁾, dem rechtlichen Gegenstand der Zuständigkeit, dem Bestand von Rechten und Pflichten, auf die die Zuständigkeit (subjektiv) bezogen ist; und auch zu scheiden von der Aufgabe, dem sachlichen Gegenstand der Zuständigkeit, der in der Wissenschaft ebenfalls als Kompetenz bezeichnet wird⁽³⁾. So ist zB der Bestand der aus dem Eigentum resultierenden Rechte und Pflichten (wie Noteinwirkung, Abwehrrechte, Polizeipflicht, Verkehrssicherungspflicht usw.) die Kompetenz, die bei Änderung der Zuständigkeit, der subjektiven Verbindung eines Rechtssubjekts mit diesem Rechte- und Pflichten-Bestand - so zB bei Veräußerung - unverändert bleibt. Bei unveränderter Zuständigkeit kann die Kompetenz (zB durch Teilenteignung) inhaltlich verändert werden.

II. Der Begriff der (Wahrnehmungs-)Zuständigkeit ist - wie sich gezeigt hat⁽⁴⁾ - ein transitiver Begriff, d.h. er verlangt nach einem Objekt, um verständlich zu werden.

a) In dieser Untersuchung geht es um die Zuständigkeit der Juristischen Person Gemeinde zur rechtsgeschäftlichen Außenvertretung in bestimmten Angelegenheiten des Privatrechts. Diese Zuständigkeit ist eine privatrechtliche, weil das Rechtsgeschäft des Privatrechts - auch wenn es zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient - nicht notwendig ein Subjekt hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet, sondern potentiell jedermann⁽⁵⁾.

1) vgl. auch o. S. 12.

2) vgl. WOLFF Vertretung 237, 273: Kompetenz die unverletzbare und absolute Möglichkeit zur Einwirkung auf und Ausübung von Rechten und Interessen der Juristischen Person. Gegenstände der Kompetenz sind: 1. die ihren (der Kompetenz) Gebrauch normierenden verletzbaren und relativen organisatorischen Berechtigungen und Verpflichtungen, 2. die Geschäfte und der Inbegriff von Geschäften; anders FORSTHOFF 393

3) WOLFF VwR II MS § 72

4) s. o. S. 28.

5) s. WOLFF VwR I § 22 II c.

Ob eine Zuständigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, entscheidet nicht der Rechtscharakter der die Zuständigkeit begründenden Norm, auch nicht die Öffentlichkeit oder Privatheit der wahrgenommenen Aufgaben, sondern der Rechtscharakter der Kompetenz (des Rechte- und Pflichten-Bestandes), auf die die Zuständigkeit (subjektiv) bezogen ist.

b) Auf die privatrechtliche Zuständigkeit der Juristischen Person beziehen sich alle privatrechtsgeschäftlich die Juristische Person nach außen vertretenden Handlungen und Erklärungen, die von Menschen für die oder anstelle der Juristischen Person vorgenommen werden. Und diese Bezogenheit als die organisatorische Verbindung der Walter mit ihren Organen zu einer Organisation ist ein System von Zuständigkeiten, von Bezogenheiten auf Rechte und Pflichten.

Die (Eigen-)Zuständigkeit der Juristischen Person⁽¹⁾ wird wahrgenommen von dem dafür zuständigen, institutionalisierten Organ. Dessen Organ-Zuständigkeit⁽²⁾ wird wahrgenommen durch den dafür zuständigen Organwalter. Dieser wahrnehmungszuständige Organwalter - und hier wird die Grenze des Organisationskomplexes überschritten⁽³⁾ - bevollmächtigt dann uU in zuständiger Wahrnehmung der Organzuständigkeit, die auf die privatrechtliche (rechtsgeschäftliche) Eigen-Zuständigkeit bezogen ist, den Stellvertreter, der dann eine nicht-organschaftliche Ausübungszuständigkeit zur Wahrnehmung der rechtsgeschäftlichen (Außenvertretungs-)Eigenzuständigkeit der Juristischen Person erhalten hat⁽⁴⁾. Die organschaftlichen Wahrnehmungszuständigkeiten existieren mithin nur innerorganisatorisch aufeinander bezogen.

1) vgl. WOLFF Vertretung 275.

2) vgl. WOLFF Vertretung 276.

3) s. o. S. 27.

4) s. o. S. 22, 28 Anm 2.

c) Dieser Stufenbau von (Wahrnehmungs-)Zuständigkeiten entspricht dem bereits oben⁽¹⁾ dargestellten System der Zurechnung und Zuordnung. Die organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit vermittelt jeweils die Zurechnung zum Subjekt der wahrgenommenen Zuständigkeit; während die Vollmacht die Zuordnung unvermittelt zur Juristischen Person bewirkt, wenn auch oder gerade weil die Vertretungsmacht von einem Organwalter in Wahrnehmung einer (Wahrnehmungs-)Zuständigkeit durch ein auf diesen Stufen der Juristischen Person zugerechnetes Rechtsgeschäft dem Stellvertreter verliehen worden ist.

§ 6. Schranken der Zuordnung und Zurechnung

I. Das Problem der sog. "Willensbildung"

a) Die (Vertretungs-)Institution Organ kann nach den bisherigen Erörterungen charakterisiert werden als durch organisatorischen Rechtssatz gebildeter Komplex oder als rechtstechnisches Zurechnungs-(Durchgangs-)Subjekt⁽²⁾ von auf die Eigen-Zuständigkeiten einer Juristischen Person bezogenen Wahrnehmungszuständigkeiten; als diejenige organisatorische Einheit, die jegliche Zurechnung von Tatbeständen zur Juristischen Person notwendig⁽³⁾ und ausschließlich vermittelt⁽⁴⁾. Daraus folgt, daß nur in zuständiger Wahrnehmung einer Organ-Zuständigkeit gesetzte Tatbestände zugerechnet werden können, dann aber auch notwendig zugerechnet werden⁽⁵⁾.

1. Das bedeutet, daß einerseits das Handeln von Organteilen (Teilen eines Zuständigkeitskomplexes) nicht zurechenbar ist, daß andererseits in Wahrnehmung einer Organ-Zuständigkeit gesetzte Tatbestände grundsätzlich

1) s. S. 27.

2) vgl. WOLFF Vertretung 247.

3) WESSEL 120: Organ muß notwendig vorhanden sein.

4) vgl. o. S. 29.

5) vgl. WOLFF Vertretung 241, 235: Organ vermittelt Zurechnung, weil es allein Glied der Organisation ist; nicht der Organwalter, weil ein Mensch nicht Glied eines Normensystems sein kann; KELSEN AstL 264: Organ ist, wer zuzurechnenden Tatbestand setzt.

keiner weiteren Bedingung bedürfen, um zugerechnet zu werden. Diese Feststellungen lassen erkennen, wie fundamental wichtig es ist zu untersuchen, ob im Einzelfall eine oder mehrere Zuständigkeiten der Juristischen Person zu einem Organ (Komplex von Wahrnehmungszuständigkeiten) zusammengefaßt sind oder ob sie nur einen Teil eines Organs ausmachen. Falls ein Organteil relativ - hinsichtlich bestimmter Kompetenzen - verselbständigt erscheint, ist er insoweit Organ.

Ein Organ-Komplex steht nicht derartig eindeutig fest, daß alle vom Organwahrer wahrgenommenen Zuständigkeiten auch Organ-Zuständigkeiten sind. Sie können auch Organteil-Zuständigkeiten sein - mit der Folge, daß eine Tatbestands-Zurechnung nicht ohne Wahrnehmung durch die zugehörigen ergänzenden Organteil-Wahrer geschieht (Zurechnungssperre).

2. aa) Zum anderen ist es nicht in jedem Fall einer stattfindenden Tatbestands-Zurechnung mittels (Voll-)Organs sicher, ob die Rechtsordnung auch die Zuordnung der gewollten Rechtsfolge bewirkt; nämlich dann nicht, wenn bei Fehlen der Vertretungsmacht oder einer anderen durch organisatorischen Rechtssatz objektivrechtlich geforderten Voraussetzung für nach außen wirksame Wahrnehmung einer Zuständigkeit die Rechtsordnung den gesetzten Tatbestand als nicht zuordnungsfähig, d.h. nicht rechtsfolgebedingend, weil unvollständig, behandelt (Zuordnungssperre); zB alle Fälle der sog. schwebenden Unwirksamkeit wie §§ 108 I, 177, 180, 185 II, 1821 und 1822 BGB sowie die Fälle der §§ 35, 38 und 181 BGB, ferner die Fälle der Einwilligungsgesetz- (Zustimmungs- oder Genehmigungsgesetz-) Bedürftigkeit und des Vetorechts.

bb) Die Bildung von Zuständigkeitskomplexen bzw. die Schaffung von Zuordnungsvoraussetzungen und die dadurch negativ verursachte mögliche Zurechnungs- bzw. Zuordnungs-Sperre setzen einen entsprechenden objektivrechtlichen organisatorischen Rechtssatz voraus, um absolut wirksam zu sein.

Rechtssätze sind Normen, die den Rechtskreis von Personen berühren und deshalb dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes unterliegen; sie dürfen schon wegen ihres Inhalts grundsätzlich nur durch förmliches Gesetz oder auf Grund eines förmlichen Gesetzes durch Rechtsverordnung erlassen werden. Dagegen sind Verwaltungsvorschriften Normen, die nur für öffentlich-rechtliche Organe innerorganisatorisch verbindlich sind; sie können im Verwaltungswege ohne gesetzliche Ermächtigung ergehen.

Organisatorische Zuständigkeitsregelungen, zu denen auch die Verfahrensvorschriften gehören, bedürfen - getreu dem durch Art. 20 GG aufgestellten Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und unter Berücksichtigung des Art. 19 IV GG - der Rechtssatzqualität, weil nicht nur der sachliche Gehalt, sondern ebenso die Bestimmung der jeweils handelnden Behörde den Rechtskreis von Personen berühren. Vorschriften, die die Zurechnung von Organakten sperren, sind den externen Verfahrensvorschriften zuzurechnen und somit nur als Rechtssätze verbindlich⁽¹⁾.

3. Zur Charakterisierung des Unterschieds von Zurechnungs- und Zuordnungssperre sei weiter gesagt, daß das nicht zugerechnete Verhalten als Verhalten der Juristischen Person nicht existent, nicht vorhanden ist, mit anderen Worten: die Juristische Person nicht gehandelt hat. Dem nicht zugeordneten, aber doch existenten Verhalten fehlt hingegen die rechtliche (Rechtsfolge-)Wirkung: das Handeln der Juristischen Person ist unwirksam.

4. Diese Unterscheidung ist nötig, weil mit dem Begriff der Zurechnungssperre allein nicht alle Fälle fehlerhafter Organakte erfaßt werden können. Andernfalls würde der Organbegriff aufgeweicht, wenn nämlich

1) vgl. BETTERMANN: DVBl 1959, 20; OBERMAYER: DVBl 1959, 355 f.

auf eine Gesamtfunktion mehrerer Organe und auf eine Teilfunktion des einzelnen Organs abgestellt und Zurechnung nur zugelassen würde, soweit die Gesamtfunktion wahrgenommen wird⁽¹⁾.

b) 1. Ehe die verschiedenen, die Zurechnung oder Zuordnung beeinflussenden Organkonstruktionen und Wirksamkeitsbedingungen, die Koppelung von Organ-Zuständigkeiten und gegenseitigen Beziehungen zwischen Organ-Waltern systematisiert werden, soll zunächst das scheinbare Hauptproblem kommunaler Außenvertretung, das Verhältnis zwischen Willensbildung und Ausführung (Erklärung) auf seine Stellung in dem hier entwickelten System der Vertretung hin untersucht werden.

2. Soweit diese Begriffe Willensbildung und Willenserklärung terminologisch die Vorstellung eines physischen Organismus incidenter zur Voraussetzung haben, müssen sie durch andere ersetzt werden, weil auf die Juristische Person als eine rechtstechnische Organisation solche auf eine physisch-natürliche Person zugeschnittene Begriffe nicht gefahrlos angewendet werden dürfen. Die oben⁽²⁾ gewonnenen Begriffe einer allgemeinen Kommunalverfassungslehre werden deshalb an dieser Stelle eingeführt.

3. Es entspricht berechtigten politischen Bedürfnissen, wenn die Funktion des Vertretens, des Repräsentierens bürgerschaftlich-mitgliedschaftlicher Selbstverwaltungs-Interessen - einer Teilfunktion der Gesamtfunktion des Verwaltens von Gemeindegebiet und Bürgern - die andere Teilfunktion des Vorstehens, der rechtlichen und tatsächlichen Aktualisierung von Interessen und Verwaltungszielen, beeinflussen soll. Der Wille der (stets kollegialischen) Gemeindevertretung äußert sich in Entscheidungen, die ihrem Wesen nach kundzugebende Beschlüsse sind, weil ein Kollegium zu andersartigem rechtlichen Verhalten außerstande ist. Der Wille des

1) so Kelsen Hauptprobleme 453, AStL 283 am Bsp. des Gesetzgebungsverfahrens; wie hier, gegen Kelsen: Wolff Vertretung 246.

2) S. 4.

Gemeindevorstands bzw. - wenn dieser ebenfalls Kollegialstruktur besitzt - des Verwaltungsleiters äußert sich dagegen in (u.a. rechtsgeschäftlichen) Erklärungen.

4. Die Beziehung zwischen Entscheidung (als dem Ergebnis kollegialischer Willensbildung) und (rechtsgeschäftlicher) Erklärung (als dem Ergebnis nicht-kollegialischer Willensäußerung) - beide dieselbe Materie betreffend - ist zunächst sozialpsychologisch zu untersuchen, damit die herkömmlichen Begriffe in ihrem Bedeutungsinhalt geschärft werden⁽¹⁾.

aa) Das Verwalten⁽²⁾ ist ein durch die Bezogenheit auf (uU durch Gebietszugehörigkeit) bestimmte Menschen, bestimmte Sachen oder bestimmte Vermögen geeinter Komplex von Verhaltensweisen, ein vielschichtiger sozialpsychologischer Prozeß, an dem Willen, Wertungen, Vorstellungen und Handlungen vieler Walter beteiligt sind. Die rechtsgeschäftliche Erklärung für die oder an Stelle der verwalteten Organisation ist der letzte, nach außen wirkende und die Außenwelt gestaltende Akt in einer Kette von organisationsinternen Verhaltungen⁽³⁾. Psychologisch geht dem Umstand, daß etwas getan wird, voraus der konkrete Wille, daß und wie es getan wird, und die abstrakte Wahl (Entscheidung) des Was und Wie aus vielen möglichen Verhaltensweisen. Im Komplex der Verwaltung sind diese Vorgänge des Außen-Akts zu zT selbständigen Funktionen verschiedener Walter geworden - und damit aus einem individualpsychologischen zu einem sozialpsychologischen Problem.

Die dem Tun vorgeordneten Elemente, das Wollen, Wählen und Entscheiden (auch Planen, Walten, Regierung⁽⁴⁾ oder Administrative genannt) bleiben jedoch untrennbar aufeinander bezogen⁽⁵⁾.

1) zum Folgenden: SIMON.

2) zum Begriff: s. WOLFF VwR I § 2 II und KÖTTING.

3) so ähnlich schon: HELFRITZ Vertretung 113.

4) zum Begriff vgl. WOLFF Vertretung 239; GIESE 41.

5) NAWIASKY AStL II 2 S. 7, 13, 16: zwischen Verwaltung und Regierung kein Art-, sondern Gradunterschied; Regierung frei, nicht gebunden, planvoll leitend.

Entscheiden ist begrifflich nicht eine vom Tun funktionell unabhängige, nur grundsätzliche Festlegung einer Tätigkeit in einer bestimmten Richtung oder eine allgemeine Bestimmung von Organisationsaufgaben und -zwecken; vielmehr vollzieht sich das Verwalten einer Organisation in einem dynamischen Prozeß der wechselseitigen Beeinflussungen, in der fluktuierenden Bewegung konzentrischer Kreise, deren jeweils umfassenderer Kreis bis hin zu dem die Gesamtorganisation dem Substrat nach (die Bürger) umspannenden denselben Mittelpunkt haben: die organschaftliche Aktion. In allen Kreisen der Organisation und während der ganzen Dauer der Vorbereitung einer Aktion kehrt die Funktion des Entscheidens in gleichem Ausmaß wieder.

Die im Kreismittelpunkt Stehenden, das Operativpersonal, haben die unmittelbare, physisch zu erfüllende Aufgabe, den Zweck der Organisation durch Außenvertretungsakte zu verwirklichen. Das (Außenvertretungs-)Verhalten wird umspannt von den beeinflussenden (beaufsichtigenden) Maßnahmen der sozial (nicht notwendig rechtlich) übergeordneten Instanzen, die die Aufgabe haben, mittels wählender Entscheidung und vermöge ihrer Kraft der Beeinflussung das Handeln des Operativpersonals nach dem Leitbild der Organisationszwecke zu lenken und koordinieren.

Es ist einsichtig, daß die umfangreichen öffentlichen, überindividuellen Zwecke einer Organisation nur durch solche Gruppentätigkeit verwaltet werden können. Um der Einheitlichkeit und Eindeutigkeit willen ist Koordination die Hauptaufgabe, der die konzentrische Einordnung aller verwaltenden Einzelfunktionen in den gesamterfassenden Prozeß der Verwaltung dient⁽¹⁾.

Dem Grundgedanken nach besteht der Prozeß des Verwaltens einer Organisation darin, dem Individuum Entscheidungen abzunehmen und an die Stelle der Individualentscheidung des Außenvertreters ein Entscheidungs-Verfahren zur Bestimmung des Außenaktinhalts zu setzen, der mit anderen

1) vgl. WOLFF Vertretung 243.

Außenvertretungsakten durch dieses Verfahren koordiniert ist.

Man kann der einen oder anderen Verwaltungs-Teilfunktion das politische Übergewicht geben wollen. Das ändert jedoch nichts an ihrem unauflöslichen Zusammenhang, der sie aufeinander angewiesen und zu gleichberechtigten - weil zum Zusammenwirken gleich wichtigen - Teilen eines Gesamtvorgangs macht.

Innerhalb des zusammengesetzten Verhaltenskomplexes der Verwaltung ist idR ein planender und leitender Verwalter⁽¹⁾ (Direktivorgan) bestimmbar, der nicht nur für die Erstellung und Aufrechterhaltung der Organisationsstruktur verantwortlich ist, sondern der auch einige der wichtigeren und umfassenderen Entscheidungen, die den Inhalt der gesamten Organisationsarbeit angehen (zB Budget), monopolisch zu treffen hat. Ferner kann es Aufgabe des leitenden Verwalters sein, die Organisationsziele zu formulieren, d.h. die Werte zu bestimmen, die für die Entscheidungen auf allen anderen der konzentrischen Stufen maßgebend sind (zB die Richtlinien der Politik)⁽²⁾.

bb) Die Begriffe der Entscheidung und Erklärung haben zunächst also einen sozialpsychologischen Gehalt und geben - für sich gesehen - noch keine rechtliche Handhabe, Schranken der Zuordnung oder Zurechnung zu bestimmen. Das ist allein Sache der organisatorischen Rechtssätze⁽³⁾, weil die rechtsfähige Organisation nicht wegen ihrer sozialen Struktur, sondern durch rechtstechnische Maßnahmen rechtlich existent ist.

1) vgl. CANTNER:KomHdb I 431; HEINIGER 103, 215; SIMON 155 f.

2) so für den nWRat: SOMMER:StTg 1957, 5; KÖTTGEN: KomHdb I 369: "Richtlinienzuständigkeit".

3) s. o. S. 33.

Zwar mögen die funktionell zusammengehörigen Begriffe der Entscheidung und der Erklärung - insbesondere die Entscheidung des "leitenden Verwalters" - die Grundlage für die Verteilung von rechtstechnischen Wahrnehmungs-Zuständigkeiten auf Subjekte sein; ebenso gut kann jedoch die objektive Rechtsordnung andere Verteilungsgrundsätze anwenden. Es besteht kein notwendiger Zusammenhang zwischen dem rechtstechnischen Organ und der sozialpsychologischen Funktion⁽¹⁾. Die (Wahrnehmungs-)Zuständigkeit des Organs kann dem funktionalen Gehalt nach hinter der (sozialpsychologischen) Verwaltungsfunktion, auf die sie ausgerichtet ist, ebenso gut zurückbleiben wie über sie hinausgehen.

cc) Weder durch soziale Wertung, noch durch politische Stufung, noch durch Begriffe der Verwaltungslehre können Zurechnung und Zuordnung modifiziert und dadurch Verwaltungsfunktionen rechtlich in Beziehung zueinander gebracht werden; vielmehr müssen organisatorische Rechtssätze durch rechtstechnische Organ-Konstruktionen oder durch das Aufstellen von Wirksamkeitsbedingungen die Zurechnung und Zuordnung ordnen.

1) ähnlich BOCKELMANN:StTg 1952, 131; KÖTTGEN: KomHdb I 224: Frage nach der verfassungsrechtlichen Vertretungsmacht darf nicht mit der verfassungsrechtlichen Regelung der gemeindlichen Willensbildung verquickt werden.

II. Organkonstruktionen

a) Die organologische Identitätslehre

Weil sie von der Vorstellung eines physischen Organismus und von der Identifizierung mit einer natürlichen Person ausgehen und daher dem Charakter der Juristischen Person als einer rechtstechnischen Organisation nicht gerecht werden, sind Theorien⁽¹⁾ abzulehnen, die Entscheidung (die Vertretungsfunktion) und Erklärung (die Vorstandsfunktion) dadurch juristisch in Wirkungszusammenhang bringen wollen, daß sie die Beziehung zwischen diesen Funktionen dem Verhältnis von physischem Willen und physischer Erklärung gleichsetzen⁽²⁾.

In Wahrnehmung rechtstechnischer Zuständigkeiten, die zu institutionellen Komplexen, zu Organen, zusammengefaßt sind, handeln für die Juristische Person notwendig natürliche Personen als elementare Rechts- und Pflichtsubjekte, nicht als Werkzeuge; denn die Juristische Person ist elementar kein Subjekt von Rechten und Pflichten.

Die elementar willensunfähige Organisation leiht sich nicht von dem einen Walter den Willen, von einem anderen den Mund als Erklärungswerkzeug. Vielmehr gibt die Organisation einem ganzen Menschen eine mit seinen gesamten Mitteln, Anlagen, Begabungen sowie seinem Willen zu erfüllende Wahrnehmungszuständigkeit und macht ihn zum Vertreter im Willen⁽³⁾. Organschaft ist Vertretung⁽⁴⁾, und Vertretung gibt es begrifflich nur als Vertretung im Willen⁽⁵⁾ - hingegen Botenschaft in der Erklärung. In Wahrnehmung einer Organ-Zuständigkeit handelnde Organwalter sind nicht Boten, weil Botenschaft voraussetzt, daß ein elementar handlungs- und

1) u.a. HELFRITZ Vertretung 31; ders. AStR 88; KRÜGER 16, 48; WESSEL 104, 141; wie hier: KELSEN Hauptprobleme 706; WOLFF Vertretung 282, 286 f.

2) s.o. S. 34.

3) vgl. HELFRITZ Vertretung 69.

4) wie hier WOLFF Vertretung 243; ders. Beschlußausschüsse 303; a.M. HAMEL: DVBl 1955, 798; DIEKAMP 8; ELLERINGMANN AV 84; ders. Grundlagen 99

5) MÜLLER-FREIENFELS 65 - 74

erklärungsfähiges Subjekt von Rechten und Pflichten das Werkzeug des Boten lediglich technisch benutzt; Organwalter sind Vertreter im Willen.

Wenn deshalb der Walter eines "willensbildenden" Organs einen Willensentschluß faßt, ein anderer als "ausführender" Organwalter eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt und beide Organakte nicht übereinstimmen, dann kann es sich niemals um Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung eines Individuums (entsprechend den §§ 116 ff. BGB), sondern allenfalls um das Vorliegen zweier gegensätzlicher Akte derselben Person handeln⁽¹⁾, sofern - und das ist das eigentliche Problem - es überhaupt zur Zurechnung und Zuordnung beider differierender Akte gekommen ist⁽²⁾.

b) Die Unterververtretungstheorie

Der sog. "leitende Verwalter" (das Direktiv-Organ) - eine an sich soziologische Erscheinung - soll nach einer anderen Theorie⁽³⁾ auch juristische Suprematie dadurch erlangen, daß ihm als "Obervertreter" allein die Stellung eines Organs zugebilligt wird. Alle anderen Quasi-Organen stünden in einem Unterververtretungsverhältnis zum Organ des "leitenden Verwalters"⁽⁴⁾. Damit sei es erforderlich, daß jeder für die Gemeinde nach außen Handelnde dazu ermächtigt sei: durch gesetzliche oder gesetzlich fingierte oder auf Grund einer Entscheidung des "leitenden Verwalters" gewillkürte Vertretungsmacht.

Die Verfassung kann eine solche Regelung objektivrechtlich treffen. Unzulässig ist es aber, dem geltenden

-
- 1) vgl. WOLFF Vertretung 286 gegen HELFRITZ Vertretung 31, 71.
 - 2) KELSEN Hauptprobleme 461: der psychische Wille wird bei diesem Vorgang (Zurechnung) geradezu eliminiert, juristisch wird der äußere Tatbestand der Handlung erfaßt und zugerechnet.
 - 3) BÖHM: AöR 21, 222; ALTHAUS Kritik 14; ELLERINGMANN AV 82; DIEKAMP 41, 43; WESSEL 121
 - 4) GIERKE Labands Staatsrecht 1145: eines unter den Organen muß das höchste sein, weil die Einheit der Staatspersönlichkeit unabweislich zu einem einheitlichen Zentralorgan drängt; vgl. dazu KELSEN AStL 409, 304 ff.

Verfassungssystem ein solches Untervertretungsverhältnis zu unterscheiden, um einen politisch erwünschten Erfolg zu erzielen.

Aber auch dann, wenn eine solche Regelung objektiv-rechtlich gegeben ist, kann nicht von "Untervertretung" gesprochen werden und diese mit der Stellung des "Ober-Vertreters" als leitendem Verwalter legitimiert werden, weil dadurch soziologische Verhältnisse als Rechtsstellungen ausgegeben werden. Vielmehr liegt dann der Fall einer besonderen Organkonstruktion vor⁽¹⁾.

c) Die Funktionstheorie

Eine weitere Theorie stellt auf die Funktion⁽²⁾ ab, um den Zurechnungsvorgang zu klären⁽³⁾. So soll zB das gesamte Gesetzgebungsverfahren des Staates eine Gesamtfunktion darstellen, die sich aus den betätigten Einzelfunktionen der Initiative, Beschlußfassung und Zustimmung zusammensetze. Dementsprechend seien die Inhaber der Einzelfunktionen trotz ihrer institutionellen, organisatorischen (relativen) Selbständigkeit nicht Organe und Zurechnungseinheiten, sondern erst die aus diesen Teilen zusammengesetzte Gesamtfunktion mache das zurechnende Organ "Gesetzgebung" aus⁽⁴⁾.

Auf unser Problem übertragen, bedeutet das für die Gemeinde: die betätigte Gesamtfunktion "Verwaltung" ermöglicht erst die Zurechnung, nicht die Wahrnehmung von Entscheidung oder Erklärung je für sich allein.

1) dagegen auch: KELSEN AStL 308 f.: ein allgemeines Überordnungsverhältnis zu allen anderen Organen muß sich aus der positiven Rechtsordnung ergeben; auch WALZ: KomHdb I 264: Verwaltungsleiter bedarf zur Vertretung keiner besonderen Vollmacht.

2) s. o. S. 38.

3) KELSEN AStL 266: Subjekt ordnungserzeugender Funktionen; vgl. auch NAWIASKY AStL I 35, AStL II 1 S. 206: Funktion und Organ stehen in unauflöslichem Zusammenhang.

4) vgl. KELSEN Hauptprobleme 453, AStL 283; gegen ihn - wie hier: WOLFF Vertretung 246: Funktion kein geeignetes Kriterium für die Einheit des rechtstechnischen Zurechnungskomplexes, des Organs.

Wegen ihres notwendigen Zusammenhangs untereinander sind Funktionen kein geeignetes Kriterium für die Zusammenfassung von Zuständigkeiten zu einer Zurechnungseinheit, zu einem die Zurechnung vermittelnden Organ. Der Organbegriff würde sonst zu sehr ausgeweitet. Je nach der subjektiven Auffassung des Interpreten der Verfassung könnte äußerstenfalls entweder die gesamte Organisation oder jeder einzelne Walter ein Organ sein. Der juristisch unpräzise Funktionsbegriff allein für sich ist ungeeignet, den rechtstechnischen Vorgang der Zurechnung zu erfassen. Das gibt KELSEN⁽¹⁾ selbst zu, wenn er sagt, daß letztlich alle Organe nur Teilakte der Gesamtfunktion des Staates als der totalen Rechtsordnung seien und deshalb zwischen Teil- und Gesamtorgan ein nur relativer Unterschied bestehe.

d) Eine Theorie der inneren Organstruktur

Die gewünschte rechtstechnische Verknüpfung von Verwaltungsfunktionen durch Modifizierung der Zurechnung oder Zuordnung, die weder die Begriffe der Verwaltungslehre⁽²⁾ noch die individualrechtliche organologische Identitätslehre⁽³⁾, noch die Theorie von der Unterververtretung⁽⁴⁾, noch die Funktionstheorie⁽⁵⁾ erbringen konnten, bietet eine rechtstheoretische Analyse der inneren Struktur der Organe: die Unterscheidung zwischen Voll-Organ und Organteil hinsichtlich der Organzuständigkeit und zwischen einfachem und zusammengesetztem Organ bezüglich der Wahrnehmungszuständigkeit der Organwalter.

Auszugehen ist von der das gesamte Organisationsrecht grundlegenden Einsicht, daß Wesen und Funktionieren der Organisation deshalb nur rechtstechnisch erfaßt werden können, weil die Organisation ihre Existenz rechtstechnischer Entscheidung verdankt - die allenfalls eine gewisse überindividuelle Interessenlage als soziale Grund-

1) AStL 284

2) s. o. S. 38.

3) s. o. S. 39

4) s. o. S. 40

5) s. o. S. 41

lage des geschaffenen Normensystems haben kann. Die rechtstechnische Regelung von Zuständigkeiten und deren Bündelung zu zurechnenden Komplexen sowie deren Beschränkungen geschehen, um absolut wirksam sein zu können, durch Normen in Rechtssatzqualität⁽¹⁾.

1. Organ und Organteil

aa) Die Ortung eines Organs⁽²⁾ ist nicht möglich durch Ausmachen einer von einer anderen abgrenzbaren Funktion⁽³⁾, sondern durch Feststellung, ob durch organisatorischen Rechtssatz eine gegenüber einer anderen relativ verselbständigte normative Organzuständigkeit ausgebildet worden ist⁽⁴⁾. Diese Instituierung und Bündelung von Wahrnehmungszuständigkeiten zu einer subjektiven Einheit muß klein genug sein, um eine präzise Abgrenzung gegenüber der Vielfalt anderer Zuständigkeiten zu gestatten und nicht in die Nähe des Gesamtkomplexes der Organisation zu rücken, - und groß genug, um subjektiv selbständig und aktionsfähig sein zu können. Ein Organ ist eine Einheit von Zuständigkeiten, die sich einerseits nicht wiederum aus Organen zusammensetzt und die andererseits zur Abgabe von Willenserklärungen befugt ist, die der Organisation rechtsordnungsgemäß zugerechnet werden (Voll-Organ)⁽⁵⁾. Ein Organ ist also die kleinste denkbare aktionsfähige Zuständigkeitseinheit, die eine Zurechnung ermöglicht.

bb) Indizien für ein Organ sind: die (relative) Selbständigkeit⁽⁶⁾⁽⁷⁾ des Zuständigkeitskomplexes, das

1) s. o. S. 33.

2) ausgehend vom Begriff auf S. 31

3) WOLFF Vertretung 246 f.; s. o. S. 41 Anm.4.

4) NAWIASKY AStL III 70: Abgrenzung erfolgt durch Rechtsnormen, die Zuständigkeit ergeben; Kelsen Hauptprobleme 183,464: Kriterien nur aus dem positiven Recht; im Gesetz findet sich Zurechnungsregel.

5) WOLFF Vertretung 246

6) HUBER WiVwR I 86

7) s. nwVfGH: KomRspr § 60 Nr.1 S.7 f.: wird durch Aufsichts- und Weisungsbefugnisse nicht ausgeschlossen.

Handeln unter eigenem Namen und (oder) eigener Firma - wenn auch namens des Titulärs -, die Abgegrenztheit gegenüber anderen Zuständigkeitskomplexen⁽¹⁾, Eigenrechte des Subjekts gegenüber anderen und gegenüber der Juristischen Person, eigene Entscheidungsbefugnis - wenn auch nur gegenüber anderen Organen derselben Juristischen Person - sowie die Außenwirksamkeit ihrer Akte, die Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Handlungsbefugnisse⁽²⁾.

Diese Indizien haben jedoch nur relativen Wert, weil alle Wahrnehmungssubjekte der Organisation harmonisch eingefügt sind und miteinander in Wechselwirkung und Wechselbeziehung stehen.

Organe der Gemeinde sind stets: die Bürger-Repräsentation, der Verwaltungsausschuß, der Verwaltungsleiter und der Kassenverwalter⁽³⁾.

cc) Kein Organ, sondern nur ein Organ-Teil ist vorhanden, wenn die subjektiv geeinten Zuständigkeiten nicht eigenständig, sondern auf ein anderes Zuständigkeitssubjekt bezogen und diesem bei der Wahrnehmung seiner Zuständigkeit zu dienen bestimmt sind; zB als technische Hilfe, als Unterstützung, als Vollzugsstelle (zB der Vorsitzende eines kollegialischen Organs), die Stellen, die namens einer anderen Zuständigkeits-Stelle handeln⁽⁴⁾.

Dementsprechend haben Organ-Teile keine selbständige Organzuständigkeit, sondern nehmen nur durch ihr Tun an der Wahrnehmung einer Organzuständigkeit teil; jedoch kann ein Organ-Teil enumerierte Eigenzuständigkeiten auch im Verhältnis zum Organ, dessen Teil er ist, innehaben und insoweit dann Organ sein⁽⁵⁾ (zB nwBürgermeister, der sonst Organ-Teil ist, bei der Geltendmachung

1) s. WOLFF Vertretung 353: nach außen als Einheit auftreten.

2) s. nwVfGH: KomRspr § 60 Nr.1.

3) vgl. GÖNNENWEIN: AöR 81,237; FISCH 125; FRÖHNER-BRAN 227 ff.

4) DIEKAMP 4 f.: Organtätigkeit muß mehr sein als rein mechanische oder untergeordnete Tätigkeit; a.M. HELFRITZ 35

5) s. o. S. 31 f.

von Ansprüchen der Gemeinde gegen den Verwaltungsleiter gemäß §§ 38 f. nwGemO).

dd) In diesem Zusammenhang erscheint es wichtig, den Unterschied zwischen Ausführung und Vollzug zu erkennen. Vollziehen meint die modal gebundene, fremd-verantwortliche Ausfertigung und Verkündung sowie Kundmachung einer fremden Entscheidung, die nicht nur die Grundlage der externen Erklärung gibt, sondern auch deren Modalität genau bestimmt. Vollziehen geschieht namens des entscheidenden Organs.

Unter Ausführen ist hingegen die modal freie, eigenverantwortliche (eventuell kontrollierte) Verwirklichung einer fremden Entscheidung nach außen zu verstehen. Ein Zuständigkeitssubjekt, dem durch organisatorischen Rechtssatz nur der Vollzug als Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt ist, hat mangels eigenständiger und eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnis den Charakter eines Organ-Teils; so zB der Gemeindedirektor nach der revDGO⁽¹⁾, der Vorsitzende einer Kammer bei der Verkündung des Urteils, der Vorsitzende des Magistrats. Das Gesamt-Organ (Rat, Kammer, Magistrat) wirkt selbst durch seinen vollziehenden Organ-Teil nach außen⁽²⁾.

ee) Eine Zurechnungssperre tritt ein, wenn ein Walter eine Erklärung abgegeben hat, der berufen ist als Walter eines Organteils, einer ressortmäßig aufgeteilten Dienststelle (Amt, Abteilung, Dienststelle, Dienstposten, Nebenstelle, Außenstelle⁽³⁾), die nur äußerlich von dem Gesamt-Organ abgehoben ist (zB durch besondere, örtliche Bezeichnung)⁽⁴⁾.

Der Organteil mag anderen Zuständigkeitseinheiten gegenüber relativ verselbständigt sein; er ist jedoch nur Teil eines Organs, wenn verschiedenen relativ selbstän-

1) so richtig: ELLERINGMANN revDGO 40

2) HEINIGER 64: nur vollziehende Organe sind unselbständig; soweit jedoch für die Ausführung eine privatrechtliche Willenserklärung abgegeben werden muß, selbständig.

3) s. BVwG: ZBR 1959.

4) s. HUBER WiVwR I 87.

digen Zuständigkeitseinheiten einander notwendig eingliedert und somit ein zurechenbarer Organakt nur durch sich ergänzende oder entsprechende Organteil-Akte oder mindestens durch das Fehlen eines gegensätzlichen Organteil-Akts erzeugt werden soll⁽¹⁾⁽²⁾.

Zugerechnet wird nicht das Verhalten des Organ-Teils zum Vollorgan, sondern es bleibt solange in der Schwebe, bis der ergänzende Organteil-Akt hinzutritt. Der zusammengesetzte Organakt wird dann der Juristischen Person zugerechnet⁽³⁾.

-
- 1) KELSEN AStL 280 f.: gleichgerichtete Willensäußerungen der Teilorgane erzeugen den Organakt.
 - 2) Mißverständlich ist es, wenn WOLFF VwR II MS § 75 e 1 selbständige Organteile (relativ selbständige Glieder eines Organs) als Unterorgane oder Vertretungsorgane bezeichnet.
 - 3) HUBER (WiVwR I 85 f.) unterscheidet unter Gleichsetzung von Behörde und Organ die eigene (darunter auch die nachgeordnete) Behörde von dem Behördenteil (der angegliederten Dienststelle) und bestimmt als maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung die (immer nur relative) organisatorisch-institutionelle Einheit und Selbständigkeit des Behördenzuständigkeitskomplexes (vgl. OVG Lüneburg: ZBR 1959, 165); relativ nur, weil die Vielzahl der Behörden eine einheitliche organisatorisch-institutionell verbundene Behördenorganisation darstellt (HUBER WiVwR I 86: Einheit der Juristischen Person).
Er sieht die (relative) Selbständigkeit nicht durch Unterwerfung der Behörde unter Aufsichts- und Weisungsbefugnisse einer übergeordneten Behörde gefährdet; denn Hierarchie ist dem Behördensystem eigentümlich, ohne daß dadurch die Selbständigkeit der nachgeordneten Behörde in Frage gestellt wird. Dementsprechend sei der eigenen bzw. nachgeordneten Behörde ein bestimmter Aufgabenbereich zur selbständigen Erledigung übertragen und die Behörde zu diesem Zweck als selbständig handelnd und entscheidend organisiert; während der Behördenteil (die angegliederte Dienststelle) nach der Art seiner Tätigkeit und seiner organisatorischen Stellung nicht verselbständigt sei. Der Behördenteil habe keinen selbständigen, eigenen Zuständigkeitskreis, sondern nehme nur kraft besonderen innerdienstlichen Auftrags (!) einen ihm zugewiesenen Aufgabenbereich wahr. Im Behördenteil handle und entscheide die Gesamtbehörde. Erst deren Akte würden der Organisation zugerechnet.

2. Einfaches und zusammengesetztes Organ⁽¹⁾

aa) Durch organisatorischen Rechtssatz kann die Wahrung der Organzuständigkeiten einem Individuum (einfaches Organ) oder einer Personenmehrheit (zusammengesetztes Organ) übertragen werden. Einmal ist der einzelne Mensch Organ-Einzelwalter⁽²⁾, das andere Mal ist der einzelne Mensch Organ-Gesamtwalter und die Gesamtheit der gesamtwaltenden Menschen Organ-Walter⁽³⁾.

Wiederum wird entweder der (Gesamt-)Wille der gleichberechtigten Gesamt-Walter durch Beschluß gebildet, der die resultierende Quersumme der Einzelwillen darstellt (kollegialisch zusammengesetztes Organ; zB die Bürger-Repräsentation), oder es bilden mehrere nebeneinander betätigte Einzel-Willen - der überlegene, oberste Wille des leitenden Chef-Walters und die subsidiären Willen der von diesem idR generell oder speziell weisungsabhängigen Ersatz-Walter - den Organ-(Gesamt-)Willen (monokratisch zusammengesetztes, hierarchisches, bürokratisches Organ; zB Verwaltungsleiter)⁽⁴⁾.

bb) Das Verhalten eines Kollegen je für sich allein hat keine Außenwirkung; einen zurechenbaren Tatbestand kann nur die gemeinsame kollegialische Betätigung der Gesamtwalter schaffen.

-
- 1) vgl. KELSEN AStL 280; WOLFF Vertretung 246; NAWIASKY Rechtslehre 75; HEINIGER 131.
 - 2) KELSEN AStL 280: Einzelorgan: Der Tatbestand der Organfunktion wird durch die Handlung eines einzelnen Menschen gesetzt; NAWIASKY Rechtslehre 75: einfaches Organ; WOLFF VwR II MS § 75 II: monistisches Organ: Wille eineswalters ist Organwille; monokratisches Organ: Zuständigkeiten werden von einem leitenden Verwalter ieS (Chef) und mehreren vom Chef weisungsabhängigen Organwaltern iWS namens des Organwalters ieS vertretungs- oder auftragsweise wahrgenommen; zB Gemeindedirektor. Kollegialisches Organ: Zuständigkeiten werden von mehreren gleichberechtigten Waltern wahrgenommen.
 - 3) KELSEN AStL 280: zusammengesetztes Organ: der Tatbestand der Organfunktion wird durch das Zusammenwirken von mehreren Menschen gesetzt; NAWIASKY AStL III 75 spricht irrig von Organanteilen als Mitgliedern des zusammengesetzten Organs.
 - 4) s. WOLFF Vertretung 246.

cc) Beim monokratischen Organ repräsentiert jeder auch einzeln vom Teil-Walter gesetzte Tatbestand den Willen des monokratisch zusammengesetzten Organs und ist daher auch je für sich allein zurechenbar.

e) Unwesentliche Organ-Arten

Weitergehende qualitative Differenzierungen der Organe sind für die normative Modifizierung von Zurechnung oder Zuordnung unwesentlich.

1. Selbständige und unselbständige Organe

Selbständige Organe sollen diejenigen sein, deren Wille der Juristischen Person zugerechnet wird, während der Wille des unselbständigen Organs nur zusammen mit dem Willen eines anderen Organs als Wille der Organisation gelte. Diese Begriffe sind ungenau und irreführend; denn stets zugerechnet wird der Wille des Organs. Die Unterscheidung ist aber richtig, jedoch überflüssig, wenn das selbständige Organ als Voll-Organ und das unselbständige Organ als Organ-Teil bezeichnet wird⁽¹⁾.

2. Abhängige und unabhängige Organe

Danach soll ein Organ unabhängig sein, wenn für seine Akte nicht der Wille eines anderen Organs, sondern allein die Verfassung Richtschnur ist. Abhängig sei ein Organ dann, wenn ein internes Anweisungs-, Mitbestimmungs- oder Befehlsrecht eines anderen Organs existiere⁽²⁾. Der Zurechnungsvorgang wird durch solche organi-

1) vgl. Kelsen AstL 284; Nawiasky Rechtslehre 72; Heiniger 63 nennt unselbständig solche Organe, die nicht zuständig sind zu verbindlichen Akten nach außen.

2) vgl. Helfritz AstR 93 Anm.1; Nawiasky Rechtslehre 74; Muntzke-Schlempp 747; Wolff VwR II MS § 75 h: nach der Weisungs(un)abhängigkeit bei der Kompetenzwahrnehmung; abweichend WesSEL 118: Unterorgan im Gegensatz zum selbständigen Organ; nWVfGH: KomRspr § 60 Nr.1: unmittelbares Organ keinem anderen untergeordnet; mittelbare Organe leiten Befugnis von einem anderen Organ ab, dem sie untergeordnet sind; Preuss Amtsrecht 69 f.; Wolff Vertretung 239: unmittelbare Organe entnehmen Kompetenz aus Verfassung; mittelbare Organe haben Kompetenz von anderen Organen und sind von ihnen abhängig.

sationsinterne (Un-)Abhängigkeit nicht ohne weiteres beeinflusst, es sei denn, daß entsprechende Wirksamkeitsbedingungen normativ geschaffen werden⁽¹⁾.

3. Mittelbare und unmittelbare Organe⁽²⁾

Der Walter eines unmittelbaren Organs wird von der Rechtsordnung selbst durch Organisationsgesetz in sein Amt berufen, während der Walter eines mittelbaren Organs durch andere (Kreations-)Organe bestimmt (gewählt oder ernannt) wird⁽³⁾.

(Neuerdings und abweichend bezeichnet WOLFF⁽⁴⁾ als unmittelbare Organe diejenigen, deren Wille und Handeln ohne Vermittlung einer anderen Juristischen Person der juristisch personifizierten Organisation zugerechnet werden, als dessen Organ sie wollen und handeln; dementsprechend seien mittelbare Organe diejenigen, deren Wille und Handeln durch Vermittlung einer Juristischen Person, deren Organe sie primär sind, einer anderen übergeordneten Juristischen Person zugeordnet werden.)

Auch das Berufungsverfahren ist eine organisationsinterne Regelung, die den normativ geordneten Zurechnungsvorgang nicht abändernd gestalten kann.

1) s. u. S. 56 ff.

2) CANTNER: KomHdb I 429: Einteilung ist für Rechte und Pflichten ohne Belang; Unterschied nur in der Quelle der Befugnis.

3) vgl. HELFRITZ AStR 92 f., Vertretung 34 f.; KELSEN AStL 279; JELLINEK AStL 544; NAWIASKY Rechtslehre 75; BERKENHOFF: Gem 1954, 154; GIESE StR 54; KÖTTGEN: KomHdb I 371 vermengt Abhängigkeit und Mittelbarkeit; anders WOLFF Vertretung 239: s.o. S. 48 Anm. 2; WOLFF VwR II MS § 75 c: Verfassungsorgane - abgeleitete Organe; GIESE StR 54 unterscheidet nach Art der Berufung des Organwalters unmittelbar bestehende, unmittelbar (durch die Verfassung) berufene, mittelbar (durch Kreationsorgane) berufene Organe.

4) WOLFF VwR II MS § 75

4. Primäre und sekundäre Organe⁽¹⁾

Diese Unterscheidung ist rein politisch, ebenfalls ohne rechtstechnische Bedeutung. Die (politisch) primären Organe handeln der Idee nach für sich selbst, während die (politisch) sekundären Organe der Idee nach für ein anderes, nämlich für das primäre Organ wirken⁽²⁾.

Das primäre oder Trägerschafts-Organ (Kreations-, Mitglieder-Organ) ist die Zusammenfassung der rechtsfähigen Träger einer Juristischen Person; zB die Gemeindeversammlung. Das sekundäre oder Repräsentativ-(Vertretungs-)Organ^(2a) ist die Vertretung der Träger und hat keine Weisungsbefugnis; zB Gemeinderat.

Politisch sekundäre Organe sind weiter: das Direktions-(Vorstands-)Organ, das vom Repräsentativ-Organ kreiert wird, Lenker der gemeinsamen Angelegenheiten der Träger im Rahmen der Weisungen des Repräsentativ-Organ ist, diesem oft seine Beschlüsse vorschlägt und ihre Ausführung veranlaßt (zB Magistrat, Bürgermeister) sowie das idR monokratische Chef-(Leiter-)Organ, kreiert vom Repräsentativ- oder vom Trägerschaftsorgan, die Planung vorbereitend, die Beschlüsse des Direktionsorgans durchführend, idR die übrigen kreierten Organe und deren Walter, also den sog. Apparat, leitend (zB Gemeindegeldirektor)⁽³⁾.

5. Oberste und nachgeordnete Organe

Diese Bezeichnungen wollen die soziale Rangordnung des Organs ohne ihre juristische Qualifizierung angeben⁽⁴⁾.

1) GÖNNENWEIN: AöR 81, 232

2) vgl. NAWIASKY Rechtslehre 75.

2a) Repräsentation ist nach der klassischen Formulierung von R.v. MOHL Staatsrecht, Völkerrecht und Politik 1860 I 8 f. derjenige Prozeß, durch den der einem Teil oder der Gesamtheit der Staatsbürger zustehende Einfluß auf die Staatsgeschäfte mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung durch eine kleinere Anzahl von ihnen in ihrem Namen und verpflichtend für sie ausgeübt wird.

3) s. WOLFF VwR II MS § 75 d und o. S. 36.

4) vgl. GIESE StR 54; HEINIGER 215; vgl. auch o.S. 35 ff.

6. Obere, mittlere und untere Organe

Diese Benennungen sollen den organisatorischen Rang des Organs bestimmen⁽¹⁾, sind aber für die Zurechnung nicht maßgebend.

f) Die Behördeneigenschaft eines Organs

1. Als Qualifizierung des Organs ohne Bedeutung für Zurechnung oder Zuordnung kommt schließlich der Begriff der Behörde in Betracht.

aa) Der Begriff der Behörde ieS - nicht iwS des Verwaltungsgerichtsverfahrens (§ 25 II VGVO) - muß zuvor erörtert werden. Eine erste Aussage von diesem Begriff ist zunächst widerspruchslös möglich: Die Behörde ist eine dem Organ ähnliche und verwandte organisatorische Institution. Während jedoch die Behörde der ältere, geschichtlich gewordene Begriff ist, wird vom Organ im rechtlichen Sinne erst in neuester Zeit gesprochen. Seit der Einführung des Organbegriffs in das Organisationsrecht bedarf der Behördenbegriff einer dementsprechenden Präzisierung.

Nach dem bisher allgemeinen Sprachgebrauch wird als Behörde eine apersonal gedachte Stelle bezeichnet, die dem Bürger gegenüber mit absoluter Außenwirksamkeit in der Form der Verwaltung oder Rechtsprechung das Recht auf öffentliche Sachverhalte anwendet. Behörde ist die Stelle, an die sich der Bürger wenden kann, wenn er öffentliche, überindividuelle Angelegenheiten streitentscheidend, leistend, ordnend oder während geregelt haben will. Behörde ist die Stelle, die sachlich und persönlich eingerichtet, wirkfähig, selbständig entscheidend dem Träger öffentlicher Verwaltung eingefügt ist, damit dem Bürger gegenüber die Organisation faktisch durch Aktionen in Erscheinung treten kann. In dem

1) vgl. WOLFF Vertretung 238 f.: die oberen sind befugt, die mittleren und unteren anzuweisen; die mittleren und unteren sind mithin nicht nur hinsichtlich des allgemeinen Umfangs, sondern auch hinsichtlich der Art der Ausübung ihrer Funktionen eingeschränkt.

sozialpsychologischen Verhaltenskomplex des Verwaltens bezeichnet die Behörde die Stelle, von der die organ-schaftliche Aktion ausgeht, die Berührungsstelle zwischen außenstehendem Rechtssubjekt und rechtstechnisch geeinter Organisation⁽¹⁾⁽²⁾.

bb) Diese Kriterien können aber sämtlich auch Eigenschaften eines Organs bezeichnen und verleihen dem Organ allenfalls adjektivische Qualitäten. Deshalb darf der Behördenbegriff nicht rechtstheoretisch unpräzisiert bleiben - ohne daß das Problem hier erschöpfend behandelt werden soll.

Behörde und Organ müssen aus ihrer bislang allgemeinen begrifflichen Synonymität⁽³⁾ herausgelöst werden, wenn auch die notwendige begriffliche Bezogenheit der Behörde auf ein Organ nicht verkannt werden soll; denn die Behörde qualifiziert ein Organ und setzt dessen Bildung voraus. Die synonyme Verwendung beider Begriffe stößt dort auf Schwierigkeiten, wo durch organisatorischen Rechtssatz die normative Zurechnung einen Adressaten hat, der nicht zugleich Träger der Behörde ist. Die Zurechnung und damit die Organ-Zuständigkeit, die wesentlichen Elemente des Organbegriffs sind, müssen bei der Charakterisierung der Behörde außer acht bleiben. Wollte man die funktional besonders gearteten Zuständigkeiten zur Außenvertretung aus dem Gesamtkomplex der Organzuständigkeiten herauslösen und der Behörde als dem Außenvertretungs-Organ Zuständigkeit zuweisen, so würde die Behörde zu einem funktional charakterisierten Organ. In diesem Fall wird die Synonymität nicht vermieden, weil die Behörde bei solcher funktionaler Charakterisierung mit dem Organ - sofern dessen Organ-Zuständigkeiten

1) Behördendefinition: FORSTHOFF 382; GIESE StR 54: öffentliche Geschäftsstellen der Juristischen Person, die idR der das Recht vollziehenden und anwendenden Verwaltung und Rechtspflege dient; s. auch BGHZ 3, 110; BGH: NJW 1957, 1673; BGH: BB 1951, 795; RGSt 18, 246; BUSS: DöV 1959, 293; DIEKAMP 5; HEINIGER 63; HUBER WiVwR I 85; KIPP: DöV 1957, 517; RASCH: ZBR 1959, 212; VOGT 73

2) s. o. S. 36.

3) KELSEN AstL 276: derselbe Begriff; so auch HUBER WiVwR I 85 f.; GIESE StR 54

ursprünglich nur solche Außenvertretungszuständigkeiten zum Inhalt hatten (oder doch mit einem Organteil, wenn daneben noch andere geschäftsführende Zuständigkeiten existierten) identifiziert wird. Auch die Tatsache, daß Juristische Personen des Privatrechts keine Behörden haben, läßt die Vermeidung einer funktionalen Begriffsbestimmung angeraten sein, weil sonst der Organbegriff in einen solchen des privaten und einen anderen des öffentlichen Rechts auseinandergerissen würde.

cc) Weder die (normative) Zurechnung noch die (normative) Organ-Zuständigkeit kennzeichnen die Behörde, sondern die (faktische) Funktion der Außenvertretung eines Trägers öffentlicher Verwaltung, sei es durch öffentlichrechtliche oder privatrechtliche⁽¹⁾ Akte. Diese Funktion ist Teil des Vorstehens⁽²⁾ im Wortsinne eines Davor-Stehens aus der Perspektive des der Organisation gegenüber tretenden Dritten. Das Organ ist ein inhaltlich normativer, abstrakter Zuständigkeitskomplex, die Behörde hingegen eine funktional gekennzeichnete, konkrete, faktisch-gegenständlich-reale, arbeitsfähige Einrichtung, über die der Organwalter verfügt, um seine Wahrnehmungszuständigkeit, soweit sie die Außenvertretung betrifft, mit Wirksamkeit nach außen zu realisieren. Ob ein Organ eine Behörde ist, bestimmt sich oft nicht allein aus der Verfassung, sondern danach, ob das Organ nach außen hin objektiv eine eingerichtete Stelle ist. Das entspricht der Funktion einer Behörde: Außenvertretung zB durch externe Willenserklärungen deswalters, die in unserer Rechtsordnung nach dem objektiven Erklärungswert des geäußerten Willens bestimmt werden, die - um wirksam zu werden - zugehen oder empfangen werden müssen.

-
- 1) so richtig: FORSTHOFF 382 gegen O.MAYER II 139; wie hier auch PETERS Lehrb. 115; WOLFF VwR II MS § 76 I; KIPP: DöV 1957, 517; a.M.: nur hoheitsrechtlich: VOGT 73; RASCH: ZBR 1959, 212; aber nicht notwendig obrigkeitlich: BUSS: DöV 1959, 293; BGH: BB 1951, 795
- 2) s. o. S. 4.

Die Behörde ist also eine funktional zu kennzeichnende, durch organisatorischen Rechtssatz geschaffene, reale Einrichtung, die dem Organ, dessen Walter sie zur Verfügung steht, eine besonders qualifizierte Wirkfähigkeit verleiht. Die Behörde ist ein adjektivischer Begriff: sie setzt als Substantiv ein gebildetes Organ voraus.

dd) Zweifelhaft kann nun lediglich sein, ob dem substantivierten Adjektiv oder dem adjektivierten Substantiv der Begriff Behörde zusteht. Im allgemeinen scheint der Sprachgebrauch der Gesetze und der Rechtsprechung mit Behörde die vom Walter betätigte Wirk-einheit von Außenvertretungseinrichtung und (zurechnendem, zuständigem) Organ zu meinen. Behörde ist dann die qualifizierende, adjektivische Einrichtung plus Organ. Weil weitergehende Erörterungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden, mag es bei diesem Begriff der Behörde bleiben. Behörde ist dann die von einem Organwalter aktualisierte, eigenständige, nicht rechtsfähige Wirkeinheit, bestehend aus einer real arbeitsfähigen und arbeitsteiligen Einrichtung zur Wahrnehmung von Außenvertretungsfunktionen eines Trägers öffentlicher Verwaltung und aus einem rechtstechnischen Subjekt von Organzuständigkeiten zur Wahrnehmung der Eigenzuständigkeiten der Juristischen Person. Oder: Behörde i.e.S. ist die elementar (real) arbeitsfähige, relativ selbständige, technisch-faktische, institutionalisierte, nicht rechtsfähige Wirkeinheit, die durch einrichtenden organisatorischen Rechtssatz der (rechtstechnischen) Organisation eines Trägers öffentlicher Verwaltung eingefügt und den Waltern zur Verfügung gestellt wird, damit externe, öffentliche, der Organkompetenz zugrunde liegende Funktionen, die das Recht in Verwaltung und Justiz dem Bürger gegenüber aktualisieren, durch außenwirksame Organakte (z.B. Verwaltungsakte oder Rechtsgeschäfte des Privatrechts) gegenüber Rechtssubjekten vertretungsweise und zurechenbar verwirklicht werden können.

Träger der Einrichtung und Träger des Organs können personenverschieden sein.

2. aa) Die Behörde setzt ein Organ voraus; mit einem Organteil kann die behördliche Einrichtung nicht zu einer Wirkeinheit verbunden werden, weil dem Organteil die Organzuständigkeit fehlt, die die normative Voraussetzung für die behördliche Funktion ist⁽¹⁾. Ein durch vollziehenden Organteil (statt durch ausführendes Organ) selbst außenwirkfähiges Organ⁽²⁾ hat die Qualität einer Behörde, auch wenn die nach außen wirkende Willenserklärung nicht vom Voll-Organ, sondern namens dieses von einem (Intendantur-)Organteil abgegeben wird. Die Außenvertretungszuständigkeit, auf die sich die behördliche Funktion beziehen muß, hat das Voll-Organ, auch wenn sie notwendigerweise vom Organteil-Walter wahrgenommen wird. Die Zurechnung vermittelt das Voll-Organ⁽³⁾.

bb) Einem selbst nicht - auch nicht durch eingegliederten vollziehenden Organteil - außenwirkfähigen Kollegial-Organ (zB nw Rat) ist stets eine ausführende Behörde (zB nw Gemeindedirektor) beigeordnet⁽⁴⁾. Das beigeordnete behördliche Organ ist als selbständiges Vertretungsorgan eigenständiger Inhaber von Organzuständigkeiten und vermittelt selbst unmittelbar die Zurechnung des ausführenden Organakts zur Juristischen Person.

1) so auch HUBER WiVwR I 87: zum Wesen der Behörde gehört, daß sie keine bloße Abteilung einer umfassenden Dienststelle ist; vgl. auch o. S. 46 Anm.3.

2) s. o. S. 45; s. u. S. 69, 107.

3) s. o. S. 46.

4) so für NW: BECKER: DVBl 1956,7: die Gemeindeverwaltung in NW hat zwei Organe, ein Beschluß- und ein Ausführungsorgan; so auch SOMMER: StTg 1957,6; a.M. OVG Münster OVG 2,69; KÖTTGEN: Kom Hdb I 196: in NW hat der unter der Leitung des Gemeindedirektors stehende Verwaltungsstab im wesentlichen die Bedeutung eines administrativen Hilfsorgans; DIEKAMP 29,86; ZUHORN 103; VOGT 88,98; KOTTENBERG § 27 Erl. 3; ELSNER: KomHdb.I 288 Anm.1; vgl. u. S. 59, 70.

3. Zur Bestimmung der Zurechnung oder Zuordnung sowie deren Sperren ist der Behördenbegriff nicht geeignet; dafür bleibt allein der Begriff des Organs, zusammengesetzt aus Organteilen oder Gesamtwaltern, entscheidend. Allenfalls ist die Aussage möglich, daß ein Zuständigkeitskomplex, dem der Charakter einer Behörde zukommt, incidenter niemals Organteil, sondern stets Organ ist.

III. Wirksamkeitsbedingungen für Organakte

a) 1. aa) Als Ergebnis des bisherigen Gedankenverlaufs kann festgestellt werden, daß die Zurechnung immer dann gesperrt ist, wenn nicht der Organ-Walter (sondern etwa ein Organ-Gesamtwalter für sich allein) die Zuständigkeit des Organs wahrnimmt oder wenn der Organteil-Walter die Zuständigkeit des Organteils wahrnimmt und die zur Ausfüllung der Organ-Zuständigkeit notwendigen anderen, ergänzenden Organteil-Akte nicht gesetzt worden sind⁽¹⁾.

bb) Aber auch dann, wenn die Zurechnung freigegeben ist und somit ein Akt der Juristischen Person zur Rechtsfolge-Zuordnung bereitsteht, kann dieser Tatbestand ohne Rechtsfolge-Wirkung, d.h. ohne Zuordnung bleiben. Die Wirkungshemmung entsteht rechtstheoretisch durch die Weigerung der objektiven Rechtsordnung, diesen speziellen Tatbestand zuzuordnen, weil eine objektivrechtliche Wirksamkeitsbedingung nicht erfüllt ist⁽²⁾.

1) HUBER WiVwR I 87 drückt das so aus: beim Organ-
teil liegt die rechtliche Vertretungsmacht bei dem
Leiter der Gesamtbehörde.

2) ähnlich WESTERMANN: ERMAN § 31: Ob eine Willens-
erklärung für sie verbindlich sein soll, kann die
Juristische Person in ihrer Satzung bestimmen, sie
schließt damit aber nicht die Zurechnung tatsäch-
lichen Handelns des Organs für sie aus.

Das ist immer dann der Fall, wenn durch organisatorischen Rechtssatz⁽¹⁾ mehreren Voll-Organen ein Zusammenwirken geboten und der gebotene ergänzende Organakt absolut zwingend gefordert ist; d.h. wenn der ergänzende Organakt für den ergänzten Organakt absolut verbindlich ist (Zusammenwirkgebot).

Das ist ferner dann der Fall, wenn Voll-Organen einander beigeordnet oder eingegliedert sind; d.h. wenn kraft objektiven Rechts die Außenvertretungsberechtigung einer Behörde zusteht, die einem anderen Organ eingegliedert oder beigeordnet ist (organisatorische Organverbindung).

Das ist schließlich auch dann der Fall, wenn ein an Stelle der Gemeinde handelnder Stellvertreter keine Vertretungsmacht hat (vollmachtlose Stellvertretung).

b) Das Zusammenwirkgebot⁽²⁾

1. Gemeinsamkeit: Ein Außenvertretungsakt bedarf der inhaltlich gleichgerichteten Erklärungen mehrerer Organe, um wirksam zu sein.

Wenn jedoch eine übergewichtige, einseitige Bindung des einen Organs an das andere besteht und eine eigenverantwortliche Entscheidung unmöglich macht, ist die erklärende Stelle oder aber das entscheidende Gremium in Wirklichkeit nur Organteil einer Behörde⁽³⁾.

2. Zustimmungsbedürftigkeit: Das Organ ist kraft objektiven Rechts verpflichtet, die Zustimmung eines anderen Organs zu seinem Außenvertretungsakt herbeizuführen. Die Außenvertretungserklärung, die der Zustimmung bedarf, ist als Organakt bereits zugerechnet und mithin ein Akt der Juristischen Person⁽⁴⁾. Auch die Zustimmungserklärung wird als

1) s. o. S. 33.

2) vgl. zum Folgenden WOLFF VwR II MS § 77 V.

3) s. o. S. 55.

4) vgl. WOLFF Vertretung 107.

Organakt der Juristischen Person zugerechnet, deren Organ sie abgibt. Zur Außenwirksamkeit ist das Vorliegen beider Akte erforderlich⁽¹⁾ (zB Fälle des Negativkatalogs in nwGemO).

Die vorher erteilte Zustimmung ist Einwilligung oder Ermächtigung oder Einverständnis (Einvernehmen); die nachträglich gegebene Zustimmung ist Genehmigung oder Bestätigung.

3. Verbindliche Stellungnahme: Das erklärende Organ ist durch organisatorischen Rechtssatz verpflichtet, den Erklärungsinhalt vor der Kundgabe nach außen mit einem anderen Organ zu beraten oder diesem zur Stellungnahme vorzulegen. Wenn das stellungnehmende Organ ausdrücklich widerspricht, steht dies dem rechtmäßigen Erlaß der Rechtshandlung entgegen (zB Widerspruch gemäß § 51 IV schlhGemO, Einspruch, Einwendungen); anders die unverbindliche Anhörung (Benehmen, Beratung, Anregung oder Vorschlag), die die Wirksamkeit des Außenvertretungsakts nicht hemmt.

c) Organisatorische Organverbindungen

Eingliederung und Beiordnung⁽²⁾ sind Formen der Verbindung von Organen bzw. von Organ-Zuständigkeiten - im Gegensatz zur Angliederung und Realunion⁽³⁾.

1. Eingliederung bedeutet die Zusammenfassung mehrerer Voll-Organen in einer behördlichen Wirkeinheit.

aa) Die Verschmelzung: Neu begründete Zuständigkeiten, die einem mit eigenem Namen versehenen Wahrnehmungssubjekt zugewiesen sind, werden einer bereits bestehenden Behörde zugewiesen (zB die Zuweisung der Ordnungsaufgaben an die Gemeindebehörden gemäß § 3 nwOBG).

1) Die Zustimmung ist nicht Tatbestandsteil, sondern Rechtsbedingung; so OERTMANN Rechtsbedingung 31; LEHMANN § 37; s. auch SOMMER: StTg 1957,6: erst das Zusammenwirken beider Organe bringt die Verwirklichung des bürgerchaftlichen Selbstverwaltungswillens; vgl. u. S. 112.

2) s. WOLFF VwR II MS § 77 IV.

3) s. u. S. 60.

bb) Die konservierende Eingliederung: Die Wahrnehmung der Zuständigkeiten eines Organs, das bisher selbst Behörde war, wird unter Wahrung dessen Namens einer anderen bestehenden Behörde zugewiesen.

cc) Der Zusammenschluß: Verschiedene Organe - auch verschiedener Träger - werden in einer Behörde zusammengefaßt.

2. Beiordnung bedeutet die objektivrechtliche Anweisung an mehrere Voll-Organen zusammenzuwirken, weil eines der beigeordneten Organe unfähig ist, ohne Hilfe des beigeordneten Organs, das in der Regel eine Behörde ist, seinen Entscheidungen Außenwirkung zu verleihen. Das unfähige Organ ist auf die Hilfe einer außenvertretungsfähigen und -berechtigten Behörde angewiesen, sofern es nicht selbst über einen vollziehenden Organteil verfügt (so ist zB die Bürger-Repräsentation als Gemeindevertretung auf die Durchführung ihrer Beschlüsse durch den Verwaltungsleiter angewiesen). Die Erklärung des nicht außenvertretungsberechtigten eingegliederten oder beigeordneten Organs erlangt Wirksamkeit erst als Erklärung der stets außenvertretungsberechtigten Behörde, in die es eingegliedert oder die ihm beigeordnet ist. Zwar wird auch die Erklärung des nicht außenvertretungsberechtigten eingegliederten oder beigeordneten Organs zugerechnet; aber dem von ihm gesetzten zugerechneten Tatbestand wird keine Rechtsfolge zugeordnet.

d) Organisatorische Organwalter-Verbindungen

Angliederung und Realunion⁽¹⁾ sind - im Gegensatz zur Eingliederung und Beiordnung⁽²⁾ - Formen der Verbindung von Organ-Waltern bzw. deren Wahrnehmungszuständigkeiten und deshalb keine rechtstechnischen Konstruktionsmodelle, die die Zuordnung sperren könnten. Wenn

1) s. WOLFF VwR II MS § 77 IV b, c, d.

2) s. o. S. 58.

auch mehrere Organe durch ihre Walter verbunden sind, so treten dennoch die so verbundenen Organe rechtlich als je selbständige Subjekte von Zuständigkeiten in Erscheinung.

1. Angliederung kann bedeuten:

aa) Die Walter des einen selbständigen Organs werden kraft objektiven Rechts den Walter eines anderen selbständigen Organs entnommen; d.h. ein Organ wird ganz oder teilweise mit Walter eines anderen Organs besetzt (sog. potenziertes Organ).

bb) Ein Organ wird durch organisatorischen Rechtssatz "bei" einer Behörde gebildet mit der Folge, daß beide Behörden unbeschadet ihrer Selbständigkeit über einen teilweise identischen Apparat und teilweise identische Walter verfügen und die Bedarfsverwaltung des angegliederten Organs derjenigen Behörde obliegt, an die es angegliedert ist (Behördenangliederung).

cc) Der Leiter eines Organs ist zugleich Leiter eines anderen selbständigen Organs (sog. Chefangliederung); zB der Bürgerschaftspräsident als Verwaltungsleiter.

dd) Einem bestehenden, eigene Organzuständigkeiten wahrnehmenden Organ einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts werden durch organisatorischen Rechtssatz Organ-Zuständigkeiten einer anderen Juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Wahrnehmung zusätzlich zugewiesen (sog. Organ-Leihe als Form der Institutionsleihe).

2. aa) Realunion⁽¹⁾ bedeutet, daß der Walter eines bestimmten Organs - im Gegensatz zur Personalunion - kraft objektiven Rechts zugleich Walter eines anderen Organs ist; d.h. daß ein Organ mit denselben Organ-Walter besetzt ist wie ein anderes.

1) KELSEN AStL 285: derselbe Organträger verbindet in sich verschiedene Funktionen.

bb) Wenn zB der nw Amtsdirektor zum Gemeindedirektor gewählt wird, liegt Personalunion vor.

e) Stellvertretung ohne Vertretungsmacht

1. Während die vorhandene Vertretungsmacht eines rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Stellvertreters der Gemeinde bewirkt, daß die Rechtsfolgewirkungen des vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts unmittelbar die Gemeinde - nicht den bevollmächtigenden Organ-Walter oder dessen Organ - treffen⁽¹⁾, so als ob sie es selber vorgenommen hätte (mit anderen Worten: daß die Rechtsfolge des vom Stellvertreter gesetzten Tatbestandes der Gemeinde zugeordnet wird), erzeugt das vom Stellvertreter ohne entsprechende Vertretungsmacht vorgenommene Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertretenen zunächst keine Wirkungen⁽²⁾. Die Rechtsfolge wird der Gemeinde zunächst nicht zugeordnet: eine Zuordnungssperre tritt ein, die sog. schwebende Unwirksamkeit (ein Schwebeverhältnis nicht ohne sekundäre Rechtswirkungen).

2. Dasselbe gilt für die Fälle, in denen der Stellvertreter mit Vollmacht, jedoch über diese hinaus gehandelt hat. Wenn das vom Stellvertreter vorgenommene Rechtsgeschäft teilbar ist, kann entsprechend § 139 BGB der von der Vertretungsmacht gedeckte Teil zugeordnet werden, wenn der Dritte auch diesen Teil abgeschlossen hätte oder sich mit der Teilung einverstanden erklärt hat⁽³⁾. Auch der Mißbrauch einer gegebenen Vertretungsmacht verhindert die Zuordnung, wenn der Stellvertreter bewußt mißbräuchlich gehandelt und der Geschäftspartner diesen Mißbrauch gekannt hat oder hätte erkennen müssen⁽⁴⁾.

3. Die Zuordnung der Rechtsfolge tritt hier nur ein, wenn gegenüber dem Stellvertreter oder dem Dritten eine Genehmigung erteilt wird.

1) s. o. S. 28 Anm. 2.

2) LEHMANN § 36 VI

3) vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY § 183 I 4.

4) s. RGZ 143, 196.

IV. Ergebnis

a) Die Verfassung der Gemeinde verteilt die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung an Wahrnehmungssubjekte. Ihrer Qualität nach können diese Wahrnehmungssubjekte Organteile, Organe oder Behörden sein. Organe und Behörden sind zur Herbeiführung der Zurechnung imstande. Der Organteil dagegen ist ein Subjekt ohne Fähigkeit der Zurechnungsvermittlung.

b) Ist danach festgestellt, ob ein Organ gehandelt hat, kann entschieden werden, ob die Rechtsordnung zugerechnet hat⁽¹⁾. Ob aber auch zugeordnet worden ist, bedarf einer weiteren Prüfung. Wenn das handelnde oder erklärende Organ kraft Rechtssatzes zum Zusammenwirken mit einem anderen verpflichtet ist oder wenn das handelnde oder erklärende Organ einer Behörde eingegliedert oder ihm eine Behörde beigeordnet ist, wird die Zuordnung des Tatbestandes in Frage gestellt⁽²⁾.

c) Das Handeln und Erklären eines Stellvertreters wird seiner eigenen Person zugerechnet und dann der Juristischen Person, deren Organ ihn bevollmächtigt hat, zugeordnet. Die Zuordnung und damit die Außenwirksamkeit sind gesperrt, wenn der Stellvertreter ohne Vollmacht gehandelt oder erklärt hat. Die Zuordnung erfolgt nachträglich im Falle der Genehmigung, die einer Bevollmächtigung inhaltlich gleichsteht.

1) KELSEN AStL 275: jeder Akt, den ein Organ in dem rechtsinhaltlichen Sinne eines Staatsakts kompetenzmäßig setzt, gilt als Organfunktion.

2) a.M. HELFRITZ AStR 90: jede vom Organ innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommene Handlung nach außen für die Verbandsperson hat volle Gültigkeit, auch wenn sie nicht der bei einem anderen Organ liegenden Willensentschließung entspricht.

II. Kapitel. Der ordnungsgemäße Außen-
vertretungsakt: Darstellung
der geltenden Rechtslage

§ 7. Einfache rechtsgeschäftliche
Erklärungen

I. Nach der vorausgegangenen theoretischen Grundlegung soll nun dargestellt werden, von welchen Amtswaltern, in welchem Verfahren und in welcher Form privatrechtsgeschäftliche Außenvertretungsakte (Willenserklärungen) für die Gemeinden nach den geltenden deutschen Gemeindeverfassungsgesetzen (Gemeindeordnungen) abgegeben werden. Weil die Gemeinde Trägerin öffentlicher Verwaltung ist und die privatrechtliche Willenserklärung funktional dem Bereich der Außenvertretung angehört, kann die Frage nach dem Amtswalter reduziert werden auf die Frage, welche Stelle nach den deutschen Gemeindeordnungen innerhalb der Gemeindeorganisation Behörde ist und wer Walter dieser Behörde ist⁽¹⁾. Für die Beantwortung müssen die privatrechtsgeschäftlichen Außenvertretungsakte unterschieden werden in: einfache allgemeine rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, Willenserklärungen gegenüber Organisationsangehörigen (Organ-Waltern) und rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die die Gemeinde verpflichten.

Diese Unterscheidung ist rein positivrechtlich; sie wird in den deutschen Gemeindeordnungen idR getroffen.

a) Nur von der rechtsgeschäftlichen Außenvertretung ist hier die Rede, also von solchem nach außen hin wirkenden Verhalten der Gemeinde, das sich des Rechtsgeschäfts als des von der Rechtsordnung gegebenen Mittels zu freier Gestaltung privater Lebensverhältnisse und zur Anknüpfung von rechtlichen Individual-(Sonder-)Verbindungen mit anderen Rechtssubjekten bedient. Sinn, Bedeutung und Wirkung des Rechtsgeschäfts basieren auf

1) s. o. S. 53.

dem geäußerten Willen - nicht der elementar willensunfähigen rechtstechnischen Organisation, sondern derer Vertreter. Kern des Rechtsgeschäfts ist die Willenserklärung, d.h. die auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichtete Äußerung eines natürlichen, elementaren Willens, deren Wirkungen die Rechtsordnung nach diesem objektiv erkennbaren Erfolgswillen bestimmt⁽¹⁾.

b) 1. Verpflichtend ist diejenige Willenserklärung, die nach dem objektiv geäußerten Erfolgswillen auf die Begründung einer rechtlichen Verpflichtung gerichtet ist. Allgemein⁽²⁾ wird unter Verpflichtungserklärung verstanden: eine privat- oder verwaltungsrechtliche Willenserklärung, deren geäußelter Zweck in der (Neu-)Begründung einer der Art nach bestimmten oder bestimmbaren rechtlichen, finanziellen oder anderen Leistungs-Verpflichtung für die Gemeinde - nicht notwendig auch für den Erklärungsgegner - liegt. Eine nur verpflichtende Nebenwirkung, die kraft Gesetzes eintritt (zB Rückgewährschuldverhältnis) macht die Erklärung nicht verpflichtend. Ob es sich um eine Verpflichtung kraft Gesetzes oder kraft Rechtsgeschäfts handelt, ist danach zu bestimmen, ob das objektive Recht die Rechtsfolge ohne oder gerade mit Rücksicht auf die Willensrichtung der Beteiligten eintreten läßt.

1) s. LEHMANN 127.

2) vgl. KG: JW 1934,2075; Richter: RVB1 1931,687 Anm.25; JANSEN: RVB1 1935,651; GROSDIDIER 19; HILD 26 ff.; LÜNENBÜRGER 135; DIEKAMP 147; HELMREICH-WIDTMANN Art.38 Erl.6; ELSNER: KomHdb I 321; MUNTZKE-SCHLEMPF 769 mit Fällen aus der Rspr des RG; BERKENHOFF: Gem 1954,176; ELLERINGMANN revDGO 70, 72 ff.; FISCH 79; ALTHAUS Recht 145; FLEISSIG: Gem 1955,241; KOTTENBERG § 56 Erl.1; HAMEL: DVB1 1955,799.

2. Eine Erklärung ist auch dann verpflichtend, wenn der Geschäftswille zwar nicht unmittelbar auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet ist, diese aber notwendig die unmittelbare, erkennbare Folge des gewollten Rechtsgeschäfts darstellt, so daß der auf die Erreichung eines Erfolges gerichtete Wille den Willen, eine Verpflichtung zu übernehmen, mitumfaßt. Es genügt also, wenn die Verpflichtung kausal zur Erreichung des Geschäftszwecks unmittelbar (mit-)gewollt ist⁽¹⁾.

3. Auch ist nicht erforderlich, daß die Verpflichtungserklärung die einzige Grundlage für die Entstehung der Verpflichtung ist; denn es können neben der Erklärung noch bestimmte andere Erfordernisse notwendig sein. So muß zB bei den Realverträgen (Leihe, Darlehen, Verwahrung, Verpfändung) zur Willenserklärung noch ein tatsächlicher Akt (Gebrauchsüberlassung, Geldhingabe, Übergabe der Sache) hinzutreten. Auch Wechsel und Scheck begründen eine Verpflichtung erst mit der Begebung. Verpflichtungserklärung ist in diesen Fällen lediglich die dem Realvertrag zugrunde liegende Willenserklärung⁽²⁾.

4. Die Verpflichtungserklärung des Privatrechts steht im Gegensatz zum privatrechtlichen Realakt und zur Verfügung des Privatrechts.

5. Dementsprechend sind verpflichtende Erklärungen enthalten:

aa) stets in gegenseitigen Verträgen des Schuldrechts (§§ 320 ff. BGB); wie zB Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk-, Makler-, Dienst-, Werklieferungs- sowie in aus solchen Elementen gemischten Verträgen; ferner im Gesamtvertrag für Sukzessivlieferungen und in den einzelnen Verträgen eines Wiederkehrschuldverhältnisses,

1) DIEKAMP 149

2) s. SCHLEMPF 69; DIEKAMP 149.

in dem die Willkür des Abnehmers über Umfang und Zeitpunkt der Leistung bestimmt (zB Gas-, Wasser-, Elektrizitäts-Lieferungsverträge); schließlich auch im Gesamtakt eines Gesellschaftsvertrags;

bb) stets in unvollkommen zweiseitigen Verträgen des Schuldrechts, wie Verwahrungs-, Leih-, Auftrags-, Anlagendarlehens- (§ 610 BGB) Vertrag;

cc) in einseitig verpflichtenden Verträgen, sofern die einseitige Verpflichtung die Gemeinde trifft; wie zB in Schenkungsversprechen, Handdarlehen, Bürgschafts-, Garantieübernahme, Kreditauftrag, Verzicht durch Erlaßvertrag⁽¹⁾; sowie im einseitigen Erbvertrag und bei Annahme einer Erbschaft, wo der Versprechensempfänger nur die Erklärung über die Verfügung von Todes wegen entgegennimmt, ohne selbst Verfügungen zu treffen oder eine Verpflichtung zu übernehmen⁽²⁾.

6. Einem verpflichtenden Vertrag gleichzustellen sind Vorverträge⁽³⁾, idR auch das Saldoanerkennntnis gemäß § 781 BGB⁽⁴⁾, die Bevollmächtigung zum Abschluß eines verpflichtenden Rechtsgeschäfts⁽⁵⁾, die Eingehung von Scheck- und Wechselverbindlichkeiten, das abstrakte Schuldanerkennntnis und Schuldversprechen, die Schuldübernahme, überhaupt die Übernahme einer von der bisherigen abweichenden Verpflichtung, der (Prozeß-)Vergleich, sofern er eine neue Verpflichtung begründet, ferner auch Handkauf, Bargeschäft sowie Realverträge, auch wenn die verpflichtende Willenserklärung äußerlich nicht in Erscheinung tritt⁽⁶⁾.

1) s. HILD 28.

2) s. HELFRITZ Vertretung 124; ERMANN § 2278 Erl.1.

3) s. KRÜGER 28.

4) s. EICH: KomHdb III 488.

5) s. RÖMER: DNotZ 1956,361; nicht eine Prozeßvollmacht, weil zwar eine Verpflichtung entstehen kann (zB durch Vergleich), aber nicht soll: so ELLERING-MANN AV 110, revDGO 70; a.M. HAARMANN: DVBl 1952,480

6) s. MUNTZKE-SCHLEMPF 772.

7. Keine verpflichtenden Erklärungen sind in Verfügungen enthalten⁽¹⁾ - wenn auch Verpflichtung und Verfügung (wie zB bei der Schuldübernahme) zusammentreffen können - und in allen einseitigen Rechtsgeschäften (rechtsgestaltenden Erklärungen) sowie in einseitig verpflichtenden Verträgen, sofern die einseitig verpflichtende Erklärung nicht die Gemeinde trifft.

aa) Verfügungen dienen idR der Erfüllung einer Verpflichtung, die durch die Verfügung rechtlich aufgelöst wird; so zB der sachenrechtliche Vertrag, die Auflassung und Übereignung, ferner Belastungen mit dinglichen Rechten wie die Bestellung eines Pfandrechts, die Bewilligung einer Hypothek, Grundschuld oder Reallast, ferner Verfügungen über Forderungen und andere Vermögensrechte: Aufhebung durch Erfüllung eines Anspruchs, Stundung, Erlaß⁽²⁾, Aufrechnung, Zession, Verzicht auf eine Forderung sowie Einräumung eines Vorrangs und Zahlungsanweisung (§ 783 BGB).

bb) Einseitige Rechtsgeschäfte (rechtsgestaltende Erklärungen und verfahrensrechtliche Handlungen) sind u.a. Auslobung, Kündigung⁽³⁾, Anfechtung, Rücktritt⁽⁴⁾, Widerruf, Einwilligung, Genehmigung, Anweisung (auch die Kassenanweisung als interne Anweisung an eine Dienststelle⁽⁵⁾), Ablehnung eines Vertragsangebots, Erteilung einer Quittung,

1) a.M. FISCH 79

2) RGZ 92, 161

3) RGZ 89, 433; 83, 396

4) SCHLEMP 88 Anm. 75 d

5) s. MUNTZKE-SCHLEMP 1068.

das einseitige, nicht angenommene (auch das prozes-
suale) Anerkenntnis, die Erteilung einer Vollmacht,
sofern diese nicht zur Abgabe einer verpflichtenden
Erklärung bevollmächtigt, die Spezifikationserklä-
rung (Abruf) im Rahmen eines Gesamtvertrages auf
Sukzessivlieferung als Bestimmung der Art und Weise
der Erfüllung des Gesamtvertrages, Bestätigung der
rechnerischen Richtigkeit eines Kontokorrentauszuges
(nicht das Saldoanerkennntnis), eine Wiederkaufser-
klärung gemäß § 497 BGB⁽¹⁾;

Prozeßanträge: Einreichung einer Klage, Einlegung
eines Rechtsmittels; ferner Grundbuchanträge; Vor-
merkungs- und Löschungsbewilligung⁽²⁾, Einräumung
eines Vorrangs⁽³⁾.

cc) Die Annahme einer Schenkung verpflichtet
nicht, auch wenn ein Grundstück geschenkt wird⁽⁴⁾.

II. Zuständigkeit kraft Organisationssatzung

a) Die Zuständigkeit zur Abgabe einfacher rechtsge-
schäftlicher Erklärungen hat die Organisationssatzung
sämtlicher deutscher Gemeinden zur regelmäßigen Wahr-
nehmung dem Verwaltungsleiter zugeteilt⁽⁵⁾, der ent-
weder ausführende Behörde oder vollziehender Organ-
teil ist.

Der Verwaltungsleiter trägt die Bezeichnung (Ober-)
Bürgermeister, in NW und Nds Gemeinde-Direktor oder
(Ober-)Stadt-Direktor.

1. Eindeutig sagen das die Gemeindeordnungen von
BW (§ 42 I 2), Bay (Art. 38 I), He für seine Gemeinden
unter 3000 Einwohnern gem. § 9 II heGemO (§ 79 II),
RhPf (§ 50 I), Saarland (§ 58) und SchlH, jedoch nicht

1) BGH: NJW 1959, 526

2) KGJ 29 A 200; RGZ 44, 303; FLEISSIG: Gem 1955, 241

3) KG: JW 1934, 2075

4) ELLERINGMANN: StuSev 1935, 443

5) vgl. HÖLZL: BayBm 1950, 6; MUNTZKE-SCHLEMPF 315.

für seine Städte (§§ 50 I, 57 I); also sämtliche Gemeindeverfassungen, die dem Typ der süddeutschen Ratsverfassung oder der Bürgermeisterverfassung angehören und dem Verwaltungsleiter die Funktion des Gemeindevorstands oder doch wenigstens (in Realunion) die Funktion des Präsidenten der Bürger-Repräsentation, die dann selbst Gemeindevorstand ist, zugewiesen haben.

2. Nicht eindeutig sind dagegen die Regelungen der Gemeindeverfassungen, die dem Typus der Magistratsverfassung zugehören.

Die Magistratsverfassungen erklären nicht den Verwaltungsleiter, sondern den Verwaltungsausschuß zum Gemeindevorstand und für die Wahrnehmung der Außenvertretung zuständig⁽¹⁾; so § 48 Ziffer 8 brhVGemO, § 71 I heGemO, § 62 I 1 ndsGemO, § 61 I schlhGemO für Städte.

Doch gibt auch hier der Verwaltungsleiter, der nicht Gemeindevorstand ist, als vollziehender Organteil des Organs Verwaltungsausschuß⁽²⁾ die einfachen rechtsgeschäftlichen Erklärungen im Namen des Verwaltungsausschusses ab; § 48 Nr. 8 brhVGemO, § 71 I 2 heGemO, § 71 I 1 ndsGemO⁽³⁾, § 70 I 1 schlhGemO.

3. Die als norddeutsche Ratsverfassung gekennzeichnete nwGemO macht in § 55 Satz 1 die Bürgerschafts-Repräsentation, die zugleich Gemeindevertretung und Gemeindevorstand ist⁽⁴⁾, für die Außenvertretung wahrnehmungszuständig, erkennt aber gleichzeitig die Fiktivität⁽⁵⁾ dieser Regelung dadurch an, daß sie in § 55 Satz 2 (auch in § 47)⁽⁶⁾ die hypothetische Delegation

1) s. MUNTZKE-SCHLEMPF 314.

2) so richtig für Nds: BECKER Gemeindedirektor 10: Gemeindedirektor ist Hilfsorgan; s. o. S. 44 f., 55.

3) § 68 IV ndsGemO ist mißverständlich; diese Regelung bezieht sich nur auf Verpflichtungserklärungen des Privatrechts.

4) so auch: HAMEL: DVBl 1955, 798

5) DIEKAMP 38, 187: absolute Fiktion; WESSEL 125: Fiktion, allgemeine Regel.

6) ALTHAUS Kritik 13 sieht eine Diskrepanz zwischen den §§ 55 Satz 2 und 47.

dieser Zuständigkeit auf den Verwaltungsleiter vornimmt⁽¹⁾ (2).

Der nw Gemeindedirektor ist als ausführende Behörde dem Gemeindevorstand, dem Rat beigeordnet⁽³⁾.

b) Walter des Organs Verwaltungsleiter sind zunächst die gesetzlich berufenen (originären) Amtswalter, die unter der Bezeichnung des Organs selbsthandelnd in Erscheinung treten: der Bürgermeister bzw. der Gemeindedirektor⁽⁴⁾.

Wahrnehmungszuständige Walter sind aber auch die durch organisatorischen Rechtssatz bestimmten Ersatzwalter⁽⁵⁾: die sog. Beigeordneten⁽⁶⁾.

Ersatzwalter des Organs Verwaltungsleiter können sein:

1. als ständige allgemeine Vertreter

(nur Gemeindebedienstete):

aa) der Erste Beigeordnete; gemäß § 49 IV bwGemO; § 47 heGemO (sie sollen nur bei Verhinderung des Verwaltungsleiters tätig werden); § 51 nwGemO; § 41 rhpfGemO;

bb) der Erste Stadtrat gemäß § 71 II 2 schlhGemO;

cc) der Bürgermeister gemäß § 45 brhvGemO;

dd) andere Gemeindebedienstete, die nicht als Beigeordnete bezeichnet werden dürfen, weil die Vertreter des Bürgerschaftspräsidenten abweichend vom Sprachgebrauch so genannt werden; gemäß § 71 III 1 ndsGemO;

1) s. o. S. 17.

2) vgl. BOCKELMANN: StTg 1952, 131; ZUHORN 60, 129, 132, 141; VOGT 98; BERKENHOFF: Gem 1954, 155; ELLERINGMANN Grundlagen 119; KÖTTGEN: KomHdb I 365, 376, 224: Er bezeichnet die Übertragung als Delegation, behauptet aber dennoch, daß der Verwaltungsleiter keine eigene Zuständigkeit zur Außenvertretung habe und im Auftrage des Rats handle.

3) s. o. S. 55, 59.

4) s. o. S. 14.

5) s. o. S. 15.

6) BERKENHOFF: Gem 1954, 155 bezeichnet die Beigeordneten als Organe.

2. als allgemeine Vertreter im Verhinderungsfall:

aa) von der Bürgerrepräsentation bestellte Mitglieder der Bürgerrepräsentation; gemäß § 48 I bwGemO für Gemeinden ohne Beigeordnete; § 49 I 3 bwGemO, wenn auch die Beigeordneten verhindert sind; Art. 39 I 2 bayGemO, wenn auch die Weiteren Bürgermeister verhindert sind; § 51 nwGemO für Gemeinden ohne Beigeordnete; § 52 schlhGemO und § 58 schlhGemO (zugleich als Vertreter des Bürgerschaftspräsidenten);

bb) Beamte der Gemeinde:

bb1) der Amtsverweser gemäß § 48 II bwGemO für Gemeinden ohne Beigeordnete;

bb2) die Beigeordneten:

bb2a) bei Verhinderung nur des Verwaltungsleiters gemäß Art. 39 I 1 bayGemO (die sog. Weiteren Bürgermeister);

bb2b) bei Verhinderung auch des Ersten Beigeordneten gemäß § 49 III bwGemO, § 47 heGemO, § 51 nwGemO, § 41 rhpfGemO, § 71 II 2 schlhGemO;

bb3) Magistratsmitglieder, vom Magistrat bestellt, gemäß § 48 Nr. 8 brhvGemO;

3. als ständige Sondervertreter (ständige allgemeine

Vertreter in ihrem Arbeitsbereich):

die Beigeordneten gemäß § 51 nwGemO; § 41 rhpfGemO (zugleich als allgemeine Vertreter im Verhinderungsfall).

c) 1. Für einfache rechtsgeschäftliche Erklärungen, die zu den Kassengeschäften gehören, ist der Kassenverwalter allein, ausschließlich und uneinschränkbar zuständig; in diesem Bereich nimmt er die

Organstellung des Verwaltungsleiters ein⁽¹⁾. Der Verwaltungsleiter und alle übrigen, dem Kassenverwalter nicht als Dienstkräfte beigegebenen Beamten und Angestellten sind insoweit von der Wahrnehmung ausgeschlossen⁽²⁾;

§ 108 II bwGemO, Art. 99 I bayGemO, § 80
brhvGemO, §-123 I heGemO, § 117 I ndsGemO,
§ 96 I nwGemO, § 105 I rhpfGemO, § 116 saarlGemO,
§ 109 I schlhGemO.

2. Walter des Organs Kassenverwalter sind der diese Amtsbezeichnung führende originäre Walter sowie sein Stellvertreter als Ersatzwalter.

3. (Eigentliche) Kassengeschäfte im technischen Sinne (§§ 11 ff. KurVO) sind⁽³⁾:

aa) die Geschäfte der Geldverwaltung und des Zahlungsverkehrs: die technischen baren und bargeldlosen Ein- und Auszahlungsgeschäfte, Verfügungen über gemeindliche Konten und über die der Kasse eröffneten Kassenkreditbeträge, Annahme von Einlieferungen, Bewirkung von Auslieferungen, Einziehung von Einnahmen, Leistung von Ausgaben sowie der in diesem Rahmen getätigte Verkehr zwischen Gemeinde und Geldinstituten, so zB die Beteiligung am Kontokorrent-, Spargiro-, Postscheckverkehr⁽⁴⁾,

bb) die Verwaltung und Verwahrung von Wertgegenständen, Sparbüchern und Wertpapieren,

cc) die (zeitliche und sachliche) Buchführung zur Festhaltung der kassenmäßigen Belege (§§ 49, 52 KurVO), Aufstellung der Buchungsabschlüsse, Erstellung der Kassenrechnung,

1) OVG Münster: KomStz 1958, 35; SCHLEMP 28; LUNEN-BÜRGER 79; BERKENHOFF: Gem 1954, 156; MASSON Art. 99 Erl 1,2; ODENBREIT 286; SALZMANN-SCHUNCK § 105 Erl 2; MUNTZKE-SCHLEMP 753, 759: der Verwaltungsleiter hat insoweit keine Zuständigkeit; ders. 1066: handelt im Auftrag des Gemeindevorstands; EICH: Kom Hdb III 487: Gemeindeorgan mit eigenem Geschäftskreis, alleinige Zuständigkeit; insoweit Vertretungsmacht des Verwaltungsleiters eingeschränkt.

2) EICH: KomHdb III 487

3) EICH: KomHdb III 492

4) s. MUNTZKE-SCHLEMP 760, 1063.

dd) nicht dagegen die Vermögensverwaltung (Verwaltung von Grundbesitz, Inventar, Material, Kapital, Schulden)⁽¹⁾; ferner nicht Zahlungsanordnungen, sondern nur deren Durchführung.

III. Zuständigkeit kraft Delegation⁽²⁾

a) Unter den (verfassungs-)gesetzlichen Regelungen der gemeindlichen Außenvertretung ist die fiktive Delegation des § 55 Satz 2 nwGemO als einzige Form einer Delegation zu finden.

b) Diese Regelung ist kein fiktives Mandat⁽³⁾, wie zT im Schrifttum behauptet wird⁽⁴⁾. Kennzeichen des Mandats ist die personal ausgerichtete Einräumung einer bestimmten (Organwalter-)Wahrnehmungszuständigkeit für einen Einzelfall oder für einen Kreis von Geschäften. Die apersonale Schaffung einer institutionalisierten ständigen Organ-Zuständigkeit kann nicht als (fiktives) Mandat ausgelegt werden.

IV. Zuständigkeit kraft verwaltungsrechtlichen Mandats

a) Sämtliche Gemeindeordnungen ermöglichen den Waltern des Organs Verwaltungsleiter, die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Organ-Zuständigkeit hinsichtlich der Außenvertretung für eine einzelne Angelegenheit oder für einen Kreis von bestimmten Geschäften zu mandieren⁽⁵⁾.

b) Als Mandatare sind alle Gemeindebediensteten zugelassen in Bay (Art. 39 II), He (§ 71 I 3), Nds (§ 71 III 2); nur Beamte und Angestellte der Gemeinde - nicht Arbeiter - gemäß § 53 I bwGemO, § 51 III nwGemO, § 71 II 3 schlhGemO. Beamtete Mandatare können auch die amtsbeauftragten Beigeordneten sein, soweit sie nicht schon

1) DIEKAMP 121; EICH: KomHdb III 492

2) s. o. S. 15.

3) dazu s. o. S. 20.

4) so wohl KÖTTGEN: KomHdb I 370; ZUHORN 129 für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen gemäß § 56 nwGemO; KÖTTGEN: KomHdb I 365; dagegen auch BECKER: DVBl 1956, 5; vgl. auch TRIEPEL 30 in einem Bsp.

5) s. GROSDIDIER 6; NAUK: JW 1936, 1573; BERKENHOFF: Gem 1954, 156; BOHLEY: BayBm 1953, 268; MUNTZKE-SCHLEMPF 762.

kraft der Gemeindeordnung Ersatzwalter des Organs sind. Mitglieder der Bürger-Repräsentation können in Bay gemäß Art. 39 II bayGemO Mandatare sein⁽¹⁾.

c) Mandant ist derjenige Organwalter, der dienstliche Weisungen erteilen kann⁽²⁾; also der he Magistrat als kollegialer Gemeindevorstand, der freilich den Amtsauftrag durch den Verwaltungsleiter als Organteil erteilt, im übrigen der Verwaltungsleiter als Chef-Organwalter⁽³⁾ ⁽⁴⁾; zB

§ 53 I bwGemO, Art. 39 II bayGemO, § 71 I 3
heGemO, § 71 III 2 ndsGemO, § 51 III nwGemO,
§ 71 II 3 schlhGemO.

Innerhalb ihres Aufgabenbereichs können die bw, nw und schlh Beigeordneten eigene Weisungen erteilen und damit Mandanten sein, sofern der Verwaltungsleiter sie dazu ermächtigt.

Der Amtsauftrag zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung bedarf nicht der Form⁽⁵⁾, außer in Bay kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in Art. 38 II bayGemO.

d) Der Mandant kann den Amtsauftrag jederzeit widerrufen, ohne daß wegen des zwingenden Charakters der Zuständigkeitsregelung der Rechtsgedanke der §§ 170 - 174 BGB Anwendung fände⁽⁶⁾.

V. Vertretungsmacht kraft Rechtsgeschäfts (Vollmacht⁽⁷⁾)

a) Die Außenvertretungszuständigkeit der Gemeinde kann

1) nicht in NW: DIEKAMP 130

2) WOLFF VwR II MS § 78 III

3) s. o. S. 47 Anm. 2, 50.

4) so: nwInnMin: GemRt 1959, 129 hinsichtlich § 56 I 2 nwGemO; ferner FRÖHNER-BRAN 257; SCHLEMP 24; DIEKAMP 132; a.M. ODENBREIT 350 für § 54 II 2 nwGemO; allgemein ablehnend ALTHAUS Kritik 14

5) so GROSDIDIER 8; DIEKAMP 134; a.M. ALTHAUS Kritik 14; ALTHAUS Recht 147; FRÖHNER-BRAN 279; MUNTZKE-SCHLEMP 776; BOHLEY: BayBm 1953, 268

6) so NAUK: JW 1936, 1575; LÜNENBÜRGER 89 Anm 230; DIEKAMP 134; a.M. MUNTZKE-SCHLEMP 763: §§ 170 ff. BGB enthalten allgemeine Rechtsgedanken.

7) vgl. GROSDIDIER 15; ELLERINGMANN revDGO 74; BOHLEY: BayBm 1953, 209; MUNTZKE-SCHLEMP 764.

durch Stellvertretung wahrgenommen werden. Das folgt schon aus der Eigenschaft der Gemeinde als Juristischer Person. Ebenso wie die Walter der Gemeinde rechtsgeschäftliche Erklärungen selbst abgeben, können sie auch zur Abgabe derselben Erklärung durch einen Stellvertreter bevollmächtigen. Die Erklärung selbst und die Bevollmächtigung zur Abgabe dieser Erklärung sind in ihrer Wirkung gleichbedeutend.

b) Bevollmächtigte können beliebige vertreterfähige Personen sein⁽¹⁾.

Die Erteilung von Generalvollmacht ist unzulässig⁽²⁾, weil Generalvollmachten die regelmäßige verfassungsmäßige Zuständigkeitsordnung denaturieren würden.

c) Erteiler der (Einzel- oder Gattungs-)Vollmacht ist der Walter des Organs Verwaltungsleiter, der sonst die Erklärung, zu deren Abgabe der Stellvertreter bevollmächtigt wird, abgeben würde⁽³⁾. Soweit er im Namen eines anderen Organs handelt (zB im Namen des Verwaltungsausschusses), muß er auch die Vollmacht im Namen dieses Organs erteilen.

d) Das Verhalten des Stellvertreters unterliegt in vollem Umfang der Beurteilung nach den privatrechtlichen Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB über die Stellvertretung⁽⁴⁾.

e) Auch Stellvertretung ohne Vertretungsmacht ist möglich⁽⁵⁾. Die der Bevollmächtigung inhaltlich entsprechende Genehmigung führt dann die Zuordnung herbei.

1) so SCHLEMPP 36; DIEKAMP 135; ZUHORN 144; a.M. HILD 35: nur sonstige, außerhalb der Gemeindeorganisation stehende Personen, nicht Beamte und Angestellte; wohl ebenso, jedoch unentschieden: LÜNENBÜRGER 97; BERKENHOFF: Gem 1954, 157

2) GROSDIDIER 17; HILD 33; NAUK: JW 1936, 1574; LÜNENBÜRGER 103; ELLERINGMANN revDGO 76; MUNTZKE-SCHLEMPP 766; BOHLEY: BayBm 1953, 269; BERKENHOFF: Gem 1954, 157

3) s. NAUK: JW 1936, 1574; ELLERINGMANN revDGO 76; ZUHORN 144; BOHLEY: BayBm 1953, 269; BERKENHOFF: Gem 1954, 157.

4) so: NAUK: JW 1936, 1575; BERKENHOFF: Gem 1954, 177; RÖMER: DNotZ 1956, 361

5) NAUK: JW 1936, 1575; MUNTZKE-SCHLEMPP 765

VI. Botenschaft

Die bisher festgestellten Außenvertreter können ihre Erklärung wie jede Person auch durch Boten abgeben. Das Verhalten des Boten wird dem Botenmachtgeber zugerechnet; es gilt als sein Handeln. Der Bote ist mithin Zurechnungsdienner. Durch ihn als Werkzeug handelt der Zurechnungsadressat. Der Bote übermittelt eine ausschließlich durch den Willen eines anderen geformte Erklärung, während jede Vertretung auch Willensbetätigung für den Geschäftsherrn ist⁽¹⁾. Der Bote kann nicht Organwalter sein^{(2) (3)}.

VII. Notzuständigkeit der Rechtsaufsichtsbehörde: Ersatzvornahme⁽⁴⁾

a) 1. Wenn die Gemeinde einer aufsichtsbehördlichen Anweisung (Anordnung) nicht nachkommt, kann die Rechtsaufsichtsbehörde eine bestimmte einzelne Aufgabe oder einen Kreis von bestimmten Angelegenheiten anstelle und auf Kosten der Gemeinde auch privatrechtlich erledigen;

§ 123 bwGemO, Art. 113 bayGemO, § 140 heGemO,

§ 130 ndsGemO, § 109 II nwGemO, § 123 rhpfGemO,

§ 134 saarlGemO, § 125 schlhGemO.

Zu den Pflichten oder Aufgaben, auf die sich das Anordnungsrecht bzw. das Ersatzvornahmerecht bezieht, gehören nicht privatrechtliche Verpflichtungen der Gemeinde, deren Durchsetzung allein dem ordentlichen Rechtsweg vorbehalten ist; so ausdrücklich § 122 III rhpfGemO.

2. Durch die Ersatzvornahme werden ein einzelnes Organ oder uU auch alle Organe der Gemeinde ausgeschaltet und ersetzt⁽⁵⁾. Die Aufsichtsbehörde handelt als Staatsorgan kraft eigener gesetzlicher Not-(Ersatz-)Zuständigkeit, ohne Organ der Gemeinde zu werden⁽⁶⁾. Die

1) MUNTZKE-SCHLEMP 748

2) s. o. S. 44.

3) so DIEKAMP 4 f.; a.M. HELFRITZ Vertretung 35

4) vgl. ZUHORN 158; ELLERINGMANN Grundlagen 72.

5) MUNTZKE-SCHLEMP 1145

6) so NAUK:JW 1936, 1571; SCHLEMP 47; LÜNENBÜRGER 115; HUBER WiVwR I 191; FRÖHNER-BRAN 212; DIEKAMP 38; BERKENHOFF:Gem 1954, 157

Die Rechtsfolgen ihres Handelns werden kraft objektiven Rechts der Gemeinde zugeordnet, so als handle ein Stellvertreter (Handeln "anstelle", nicht "für" die Gemeinde)⁽¹⁾.

Die Aufsichtsbehörde braucht als Staatsorgan nicht die besonderen kommunalrechtlichen Verfahrens- und Formvorschriften für im Rahmen der Ersatzvornahme abgegebene Verpflichtungserklärungen, auch nicht Genehmigungserfordernisse, zu beachten⁽²⁾.

b) 1. Die Aufsichtsbehörde kann im Rahmen der Ersatzvornahme einen Dritten durch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht ermächtigen, statt der Aufsichtsbehörde rechtsgeschäftlich zu handeln und die Gemeinde rechtsgeschäftlich nach außen zu vertreten;

so zB § 123 bwGemO, § 140 heGemO, § 130 III ndsGemO, § 109 II nwGemO, § 123 rhpfGemO, § 125 schlhGemO.

2. Die Vollmachterteilung wird der Gemeinde zugeordnet. Dadurch erlangt der Dritte die Rechtsstellung eines gewillkürten Stellvertreters der Gemeinde⁽⁴⁾.

VIII. Notzuständigkeit: der Staatsbeauftragte

a) Die (in BW, Rhpf) untere oder (in He, Nds) obere Aufsichtsbehörde oder der Innenminister (in Bay, NW, SchlH) können anstelle jedes Gemeinde-Organwalters oder aller Organwalter für einzelne bestimmte Aufgaben oder für einen Kreis von bestimmten Angelegenheiten⁽⁵⁾ einen Staatsbeauftragten (Kommissar) bestellen;

§ 124 bwGemO, Art. 114 bayGemO: nur den Verwaltungsleiter⁽⁶⁾, § 141 heGemO, § 131 ndsGemO, § 110 nwGemO, § 124 rhpfGemO, § 135 saarlGemO, § 127 schlhGemO.

1) vgl. DIEKAMP 125; KANTEL 46: ein Fall gesetzlicher Vertretungsbefugnis.

2) so GROSIDIER 26; a.M. NAUK:JW 1936,1571; SCHLEMP 47, 83; LÜNENBÜRGER 117; MUNTZKE-SCHLEMP 1145; SALZMANN-SCHUNCK § 123 Erl 2; MASSON Art. 113 Erl 6

3) vgl. LÜNENBÜRGER 118.

4) so SCHLEMP 49; DIEKAMP 125

5) s. NAUK:JW 1936, 1571; KANTEL 46; ALTHAUS Recht 194.

6) s. MASSON Art. 114 Erl 6.

Der Staatsbeauftragte hat sein Auftragsverhältnis bei seinen Handlungen und Erklärungen kenntlich zu machen.

b) Die Einsetzung eines Staatsbeauftragten durch die Rechtsaufsichtsbehörde kraft ihrer (Not-)Zuständigkeit stellt die außerordentliche, irreguläre, kommissarische Besetzung eines Organs der Gemeinde dar und ist dem Staat kraft objektiven Rechts nach Eintritt bestimmter strenger Voraussetzungen erlaubt.

Der Staatsbeauftragte übt die (auch privatrechtliche) Wahrnehmungszuständigkeit des ausgeschalteten (ersetzen) regulären Organwalters aus und erlangt die Stellung eines außerordentlichen Gemeinde-Organwalters, der der Weisungsbefugnis der Rechtsaufsichtsbehörde untersteht⁽¹⁾.

Sein Handeln wird als Handeln eines Gemeinde-Organwalters durch das Gemeindeorgan der Gemeinde zugerechnet.

c) Als Gemeinde-Organwalter hat der Staatsbeauftragte alle besonderen kommunalrechtlichen Verfahrens- und Formvorschriften (mit Ausnahme der Doppelunterzeichnung bei Verpflichtungserklärungen) sowie Genehmigungs- und Zustimmungserfordernisse zu beachten, sofern das Organ, dessen Zuständigkeit er wahrnimmt, zur Beobachtung durch organisatorischen Rechtssatz verpflichtet ist⁽²⁾.

-
- 1) so WOLFF VwR II MS § 76: der kommissarische Bürgermeister ist nicht eine Behörde, sondern ein außerordentlicher Amtswalter; ähnlich DIEKAMP 38,126: irregulär besetztes Gemeindeorgan; ähnlich auch FRÖHNER-BRAN 214; KANTEL 46; ZUHORN 160; SALZMANN-SCHUNCK § 124 Erl 5; die Letztgenannten aber ohne Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter; a.M. NAUK:JW 1936, 1571, ELLERINGMANN Grundlagen 77; BOCHALLI BesVwR II 144; SCHLEMPP 47: trotz unmittelbarer Vertretung Organ des Staates; LÜNENBÜRGER 115: ist keine Organschaft, sondern Stellvertretung; der Staat handelt durch seine Organe für die Gemeinde; MUNTZKE-SCHLEMPP 1148: ist und bleibt zugleich Organ des Staates; Doppelstellung; bei Haftung Anwendung der Funktionstheorie.
- 2) so GROSDIDIER 26; SCHLEMPP 47,83; LÜNENBÜRGER 120; ELLERINGMANN Grundlagen 77; DIEKAMP 127; ELSNER: Kom Hdb I 321; MUNTZKE-SCHLEMPP 1149

IX. Der gemeindeeigene Urkundsbeamte

a) Die Gemeinde hat bei verpflichtenden Erklärungen besondere kommunalrechtliche Formvorschriften zu beachten. Jedoch ist sie wie jedes am Privatrechtsverkehr teilnehmende Rechtssubjekt auch den allgemeinen privatrechtlichen Formvorschriften unterworfen. Für die Beurkundung ist ihr eine besondere Vergünstigung eingeräumt worden: der gemeindeeigene Urkundsbeamte auf Grund von Art. 142 EGBGB⁽¹⁾ ⁽²⁾. Wenn eine der einen Vertrag über ein Grundstück schließenden Parteien eine Gemeinde ist, die von einer Gemeindebehörde vertreten wird, so ist zur Beurkundung neben den allgemeinen Urkundspersonen auch ein (auch Ehren-)Beamter im staatsrechtlichen Sinne (kein Angestellter) zuständig, der vom Leiter dieser Behörde oder vom Kollegium, handelnd durch seinen vollziehenden Organteil, oder von der vorgesetzten Behörde allgemein oder speziell dazu bestimmt (ernannt) ist⁽³⁾.

Der Urkundsbeamte benötigt keine besondere juristische Befähigung⁽⁴⁾. Auch der Verwaltungsleiter kann zum Urkundsbeamten bestellt sein; er darf dann aber nicht zugleich als Vertreter der Gemeinde beim Abschluß mitwirken⁽⁵⁾.

Die Landesgesetze haben von diesem reichsrechtlichen Vorbehalt unterschiedlichen Gebrauch gemacht.

1. BW: Im ehemWB und WHohz sind die Ratsschreiber zuständig für die Beurkundung gemäß §§ 313, 873 II und

-
- 1) vgl. ALTHAUS Recht 132; BERKENHOFF:Gem 1954,177.
 - 2) Die dem BTg vorliegende Notarordnung (Entwurf)-BTg-Drucksache 219 - enthält Bestimmungen, die auf eine Einschränkung der bisherigen Beurkundungsbefugnisse der Gemeinden in Grundstücksgeschäften hinauslaufen.
 - 3) so GRAFE:Gem 1949, 88; SCHOPLICK: prVB1 1911,642: mit Vorstand ist bei den durch ein Kollegium gebildeten Behörden der nach außen vertretende einzelne Beamte gemeint; a.M. für NW: ODENBREIT:Gem 1949,17; vgl. auch nwJustMin: Gem 1949, 215 f.
 - 4) ELLERINGMANN: StuSev 1935, 442
 - 5) s. RGZ 72, 412; 113, 271; SCHOPLICK:prVB1 1911,642; ELLERINGMANN: StuSev 1935, 442.

925 BGB. In den Kreisen Hechingen und Sigmaringen gilt der Art. 12 prAGBGB (wie NW);

2. Bay: nur für enumerierte, unbedeutende Einzelfälle;

3. He: für Beurkundungen gemäß §§ 313 und 925 BGB;

4. Nds: ehemOldenburg und ehemPr wie NW; ehemBraunschweig: nur für unbedeutende Einzelfälle; ehemSchbg-Lippe: überhaupt nicht;

5. NW: ehemPr gemäß Art. 12 prAGBGB (noch in Kraft gemäß Art. 4 b VO 46⁽¹⁾) für Beurkundungen gemäß § 313 BGB, gemäß Art. 37 prAGBGB für den dinglichen Vertrag nur, wenn ein noch nicht im Grundbuch eingetragenes Grundstück betroffen ist; ebenso ehemLippe gemäß § 14 III lippAGBGB;

6. RhPf: nur für unbedeutende Einzelfälle;

7. SCHLH: wie ehemPr (s. NW);

8. Bre: für Beurkundungen gemäß §§ 313, 873 II und 925 BGB ist ein Beamter, den der die Behörde leitende oder beaufsichtigende Senator bestimmt, zuständig;

9. Hmb: nur für Beurkundungen nach § 313 BGB⁽²⁾.

b) Der verpflichtende Vertrag (§ 313 BGB) kann Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag sein. Die für die Beurkundung zuständigen gemeindeeigenen Urkundsbeamten dürfen nicht die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO), auch nicht Nebenerklärungen und selbständige Nebengeschäfte wie vollmachterteilung, Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§§ 794, 800 ZPO), Unterschriftsbeglaubigung mit gerichtlicher oder notarieller Beweiskraft sowie Hypothekenbestellung, ferner Bestellung von einem Erbbaurecht und Vorkaufsrecht beurkunden. Eine über die Zuständigkeit hinausgehende Beurkundung hat die Bedeutung der Wahrung einfacher Schriftform⁽³⁾.

1) HIPPEL-REHBORN Nr. 3

2) vgl. zum Obigen: KNICKENBERG: DöV 1953, 205.

3) SCHOPLICK: prVBl 1911, 642; ODENBREIT: Gem 1949, 17 ff; NASS: DVBl 1954, 48; RGZ 113, 273

Die Sonderregelung des gemeindeeigenen Urkundsbeamten hat nur formellrechtliche Bedeutung und keinen Einfluß auf die regelmäßige Zuständigkeitsordnung, die die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung dem Verfahren und der Form nach bestimmt. So erspart zB die Beurkundung nicht die Doppelunterzeichnung von Verpflichtungserklärungen, soweit sie objektivrechtlich gefordert wird⁽¹⁾.

c) Eine weitere Vergünstigung hat die Gemeinde im Rahmen der §§ 415 ZPO und 29 GBO: für die Gemeinde genügt die Beidrückung des Dienstsiegels, ohne daß das Grundbuchamt die Zuständigkeit des Unterzeichners der besiegelten Erklärung zu prüfen hat⁽²⁾.

Ferner gilt gemäß § 32 IV MSchG in Räumen der Gemeinde ein verringerter Mieterschutz; jedoch ist auch hier nach § 30 WBewG Vollstreckungsschutz zu gewähren⁽³⁾. Schließlich sind die Gemeinden und Kommunalverbände gemäß § 36 HGB von der Eintragungspflicht befreit⁽⁴⁾⁽⁵⁾⁽⁶⁾.

1) a.M. RÖMER: DNotZ 1956, 375

2) KGJ 33 A 194; BGH: NJW 1957, 1673; SCHLEMPP 85; ODENBREIT: Gem 1949, 17; DIEKAMP 162; MUNTZKE-SCHLEMPP 783; ALTHAUS Recht 133; BERKENHOFF: Gem 1954, 157 und 177; FLEISSIG: Gem 1955, 242; BROMBACH: RVBl 1935, 650: öffentliche Behörden - also auch der Gemeinde - bedürfen für Erklärungen in eigenen Angelegenheiten keiner gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gemäß RGesetz vom 1. Mai 1878 - RGBl 89.

3) ALTHAUS Recht 133

4) ALTHAUS Recht 134

5) Weitere Vergünstigungen der Gemeinde im Rechtsverkehr nennt ALTHAUS Recht 134 f.

6) Über die Besonderheiten im Zwangsvollstreckungs- und Konkurs-Recht s. FRÖHNER-BRAN 216 ff; ZUHORN 164; MUNTZKE-SCHLEMPP 1166.

§ 8. Sondervorschriften für Erklärungen
gegenüber Organwaltern⁽¹⁾

I. Sofern rechtsgeschäftliche Erklärungen sich an den originären Organwalter des Organs Verwaltungsleiter richten, kann dieser an sich zur Abgabe der Erklärung zuständige Organwalter wegen Interessenwiderstreits nicht mehr zuständig sein⁽²⁾.

Zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen den Verwaltungsleiter ist daher in Abweichung von der regelmäßigen Zuständigkeitsordnung berufen:

- a) die Bürgerrepräsentation (§ 29 I schlhGemO);
- b) ein gewählter Beauftragter der Bürgerrepräsentation, der durch den Präsidenten bestellt wird (§ 40 II b brhvGemO, § 77 I heGemO, § 46 III ndsGemO in entsprechender Anwendung, § 104 I rhpfGemO, § 29 I schlhGemO);
- c) die Bürgerrepräsentation, handelnd durch den Präsidenten (§ 38 II b iVm § 28 I 1 nwGemO);
- d) der Stellvertreter des Verwaltungsleiters (Art. 36 Satz 2 bayGemO⁽³⁾);
- e) die Rechtsaufsichtsbehörde (§ 126 bwGemO).

II. Die Möglichkeit eines Interessenwiderstreits besteht auch dann, wenn der Verwaltungsleiter als Mitglied des Verwaltungsausschusses Ansprüche gegen andere Mitglieder des Verwaltungsausschusses geltend zu machen hat.

Wahrnehmungszuständig sind in diesem Fall:

- a) die Bürgerrepräsentation gemäß § 29 I schlhGemO,
- b) ein besonders Beauftragter der Bürgerrepräsentation gemäß § 40 II b brhvGemO, § 77 I heGemO, § 46 III ndsGemO in entsprechender Anwendung, § 29 I schlhGemO,
- c) die Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 126 bwGemO.

1) vgl. FROHNER-BRAN 441; SALZMANN-SCHUNCK § 104; MUNTZKE-SCHLEMP 753, 813.

2) DIEKAMP 76, 104: ein Fall rechtlicher Verhinderung; der Verwaltungsleiter hat Verbot des Selbstkontrahierens zu beachten, insoweit keine Vertretungsmacht.

3) vgl. MASSON Art. 36 Erl 3.

III. Wegen einer möglichen Interessenkollision kann der Verwaltungsleiter unzuständig sein für die Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen seine ständigen Vertreter, die sog. Beigeordneten.

Diese Erklärungen gibt ab:

- a) ein damit beauftragtes Mitglied der Bürgerrepräsentation gemäß § 104 I rhpfGemO,
- b) in den übrigen Gemeindeordnungen der Verwaltungsleiter.

IV. Auch wenn ein Interessenwiderstreit nicht gegeben ist, darf der Verwaltungsleiter nach einigen Gemeindeordnungen Ansprüche der Gemeinde gegen Mitglieder der Bürgerrepräsentation nicht geltend machen.

Wahrnehmungszuständig ist vielmehr:

- a) ein Beauftragter der Bürgerrepräsentation gemäß § 46 I ndsGemO,
- b) die Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 126 bwGemO,
- c) nach den anderen Gemeindeordnungen der Verwaltungsleiter.

§ 9. Verpflichtungserklärungen⁽¹⁾

I. Die einfachen Verpflichtungserklärungen.

- a) Die Abgabe einfacher Verpflichtungserklärungen ist - ausgenommen in Bay gemäß Art. 38 II bayGemO - ebenso geregelt wie die Abgabe einfacher allgemeiner rechtsgeschäftlicher Erklärungen⁽²⁾;

§ 54 IV bwGemO, § 48 Ziffer 8 brhvGemO, §§ 71

II 3, 79 IV 3 heGemO, § 68 II ndsGemO, § 56 III

nwGemO, § 32 rhpfDVO/GemO, § 58 saarlGemO,

§ 50 IV schlhGemO.

- b) 1. Einfache Verpflichtungserklärungen sind diejenigen Verpflichtungserklärungen, die zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören.

1) zum Begriff s. o. S. 64.

2) s. o. S. 68.

Als Kriterien des Begriffs der laufenden Verwaltungsgeschäfte wurden bislang stets angesehen:

aa) Die Angelegenheit muß in dieser Form und in diesem Umfang im Verwaltungsablauf häufiger und zwar in mehr oder weniger regelmäßiger Folge wiederkehren. Seltene und außergewöhnliche Geschäfte scheiden aus⁽¹⁾.

bb) Die Angelegenheit muß in ihrer sachlichen Art so beschaffen sein, daß sie ohne Schwierigkeiten nach feststehenden Grundsätzen (der allgemeinen Gesetze oder der Richtlinien, die die Bürgerrepräsentation in Auslegung der Gesetze aufgestellt hat) erledigt werden kann⁽²⁾.

cc) Sie darf wirtschaftlich nicht von größerer Bedeutung sein⁽³⁾.

Laufende Verwaltungsgeschäfte sind somit Angelegenheiten, die im Verwaltungsablauf regelmäßig und häufig wiederkehren, in concreto sachlich und (oder) wirtschaftlich nicht erheblich⁽⁴⁾ sind und sich deshalb nach feststehenden Verwaltungsgrundsätzen ohne besondere Schwierigkeiten erledigen lassen⁽⁵⁾.

Das in § 56 nwGemO beigefügte Adjektiv "einfach" bedeutet nach der bisher herrschenden Auffassung keine Einengung dieses Bedeutungsinhalts, sondern nur eine Umschreibung des Begriffs, die die Möglichkeit unschwieriger Erledigung als ein Merkmal betonen will⁽⁶⁾.

1) LG Aurich: NJW 1951, 724

2) RGZ 146,42; BGHZ 14,93

3) BGHZ 14,100; 8,399; LVG Koblenz:VwRspr 3,475; LÜNENBÜRGER 140

4) a.M. OVG Münster:KomRspr § 28 Nr. 1-3

5) so weitgehend übereinstimmend: prOVGE 83,133; BGH: VwRspr 7,99; BGH:KomRspr § 56 Nr. 1-3; bayVwGHE 10, 64; OVG Münster: StTg 1956,469; KRÜGER 34; GROS-DIDIER 32; RICHTER:RVBl 1931,687; SCHLEMPP 75; ELLERINGMANN revDGO 66; BOHLEY:BayBm 1953,244; BERKENHOFF:Gem 1954, 176; MUNTZKE-SCHLEMPP 779

6) so DIEKAMP 173; WESSEL 123; BECKER:DVBl 1956,8; a.M. ALTHAUS Kritik 4; ZUHORN 101

Die Bestimmung, wann ein laufendes Verwaltungsgeschäft vorliegt, kann - wenn man dieser Lehre folgt - nur nach einer speziell-konkreten Betrachtungsweise erfolgen⁽¹⁾. Was im einzelnen unter laufenden Verwaltungsgeschäften zu verstehen ist, muß dann je nach Einwohnerzahl, Finanzkraft und Bedeutung der Gemeinde verschieden beurteilt werden⁽²⁾.

Einfache Verpflichtungserklärungen wären folglich enthalten zB in:

nach festen Tarifen abgeschlossenen Beförderungs- sowie Gas-, Wasser-, Stromlieferungsverträgen innerhalb eines Wiederkehrschuldverhältnisses, in dem das Lieferungsprogramm feststeht, über Umfang und Zeitpunkt der Abnahme aber der Abnehmer bestimmt, Dienstverträgen mit Arbeitern, Anstellungen von Hilfskräften, Lehrverträgen, Beschaffung von Büro- und Heizmaterial, Anmietung von Büroräumen, Vermietung gemeindeeigener Wohnungen, Verpachtung gemeindeeigener Grundstücke, Aufträgen an Handwerker für Reparaturen⁽³⁾. Geschäfte, die einer besonderen Beschlußfassung (Negativkatalog in den Gemeindeordnungen der Ratsverfassung) oder der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, würden danach nicht zur laufenden Verwaltung gehören⁽⁴⁾.

2. aa) In dem Bestreben, die Bestimmung, was im Einzelfall ein "Geschäft der laufenden Verwaltung" ist, nicht der schwankenden Willkür zu überantworten, sei versucht, dem Begriff einen festeren, allgemeingültigeren, weniger kasuistischen Inhalt zu geben.

1) BGH:NJW 1953, 784

2) s. KRÜGER 70.

3) so LÜNENBÜRGER 138; FISCH 74; FRÖHNER-BRAN 374; KOTTENBERG § 56 Erl 51; SALZMANN-SCHUNCK § 41 Erl 2

4) s. BGH: KomRspr § 56 Nr. 4.

Alle bisher geläufigen Kriterien - Häufigkeit, Regelmäßigkeit, Unschwierigkeit der Erledigung, geringe wirtschaftliche (finanzielle) Bedeutung - haben keinen verbindlichen, einheitlichen Maßstab, sondern können von Ort zu Ort, je nach den Umständen und je nach der Auffassung des Verwaltungsleiters, der die Aufgabe der Bestimmung hat, verschieden beurteilt werden. Der Rückgriff auf die bereits⁽¹⁾ angestellten Erwägungen über den Verwaltungsbegriff liefert die Elemente für eine funktionale Definition des Begriffs "Geschäfte der laufenden Verwaltung". Verwaltung ist Verwaltungsplanung (Vertretung der bürgerrechtlichen Interessen) und Verwaltungsvollzug (bürokratisches Vorstehen).

Verwaltungsplanung meint politische Richtlinienzuständigkeit des "leitenden Verwalters", Bestimmung der für die Entscheidungen des Operativpersonals maßgebenden Verwaltungswerte, Formulierung der Organisationsziele in parlamentarischer Form, Koordination und beeinflussende Lenkung der Aktionen nach den Leitbildern der Organisationszwecke.

Verwaltungsvollzug meint die ausführende Aktion des Operativpersonals in bürokratischer Form, die Aktualisierung der Organisationsaufgaben gegenüber Mitgliedern und Dritten durch einen Behördenapparat. Geschäfte der laufenden Verwaltung sind solche Angelegenheiten, über die bereits im Stadium der Verwaltungsplanung gehandelt worden ist oder deren Inhalte Gegenstand der (verwaltungsplanenden) Bestimmung der Richtlinien, Zwecke, Ziele und Werte waren oder die auf Grund rahmengebender Entscheidungen des Direktivorgans (des "leitenden Verwalters"; zB des nw Rats) ins Werk gesetzt werden. Auch Geschäfte, die kraft Rechtssatzes der besonderen Beschlußfassung (Negativkatalog in den Gemeindeordnungen der Ratsverfassung)

1) s. o. S. 35 ff, 50, s. u.S.114 Anm 3

oder der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, können im Rahmen dieser Voraussetzungen Geschäfte der laufenden Verwaltung sein.

Nur rechtssatzmäßig kann der auf diese Weise funktional zu bestimmende Begriff durch weitere materiale, (nach dem Inhalt des Geschäfts) einschränkende Elemente qualifiziert oder abgeändert werden; wie zB durch § 2 hmbVerpflErklG⁽¹⁾.

bb) Das Adjektiv "einfach" (in § 56 nwGemO) könnte in diese funktionale Bestimmung des Begriffs "Geschäft der laufenden Verwaltung" nun wieder ein den Inhalt und Umfang des Geschäfts betreffendes, nur kasuistisch faßbares Kriterium einbringen und den Begriff einengen nach den Bedingungen der Häufigkeit, Regelmäßigkeit und Unschwierigkeit der büromäßigen Erledigung oder der wirtschaftlichen (finanziellen) Bedeutung⁽²⁾. Eine solche Gesetzesauslegung liegt nahe, weil die revDGO (unglücklicherweise) von dem (fiktiven) Begriff der "Allzuständigkeit" des Rats und der Ratsschreiberfunktion des Verwaltungsleiters ausgegangen ist und die nwGemO zT die Prinzipien der revDGO übernommen hat; aber eben nur zum Teil. Die nwGemO trägt weit mehr als ihre Vorgängerin den tatsächlichen Erfordernissen der Verwaltungsorganisation Rechnung und ist weit weniger von politischen Postulaten und Fiktionen beeinflußt.

Weil es an eindeutigen Äußerungen des Landesgesetzgebers über seine Motive fehlt und das Motiv auch in der Gesetzesvorschrift keinen Ausdruck gefunden hat, kann sich die Auslegung am Gesichtspunkt der gesetzgeberischen Gesamtkonzeption und Interessengestaltung - zu der nicht zuletzt die Berücksichtigung der Praktikabilität eines (verwaltungsorganisatorischen) Gesetzes gehört - ausrichten⁽³⁾. Dementsprechend sei behauptet, daß das Adjektiv "einfach" nicht den funktional zu bestimmenden Begriff "Geschäft der laufenden

1) s. u. S. 144

2) s. o. S. 84

3) vgl. WOLFF VwR I § 28 IV b.

Verwaltung" material hinsichtlich der Unschwierigkeit der Erledigung und (oder) der finanziellen Unerheblichkeit einschränken soll, sondern ihn lediglich pro-noncieren und eine Vermutung dafür schaffen will, daß im Zweifelsfall das Geschäft kein "laufendes" ist. Mit anderen Worten: die Angelegenheit ist nur dann ein "Geschäft der laufenden Verwaltung", wenn sie als solches eindeutig bestimmt werden kann. "Einfach" heißt: zweifelsfrei dem Verwaltungsvollzug zugehörig (operativ, die Richtlinien der Organisation ausführend).

II. Die besonderen Verpflichtungserklärungen

a) Vorbemerkung

1. Die Gemeindeverfassungsgesetze fordern für die Abgabe von für die Gemeinde verpflichtenden Erklärungen, sofern sie nicht zu den laufenden Verwaltungsgeschäften gehören - in Bay auch für diese -, die Beachtung bestimmter besonderer, erschwerender Verfahrensweisen und Formerfordernisse. Die dementsprechenden Rechtssätze enthalten stets rein formale Vorschriften neben materiellrechtlichen Zuständigkeitsregelungen, die jedoch klar voneinander geschieden werden müssen nach Zweck, Rechtscharakter und Rechtsfolgen bei Verletzung⁽¹⁾. Die Zuständigkeitsregelung ist ebenso wie die verfassungsrechtliche⁽²⁾ Formvorschrift Teil des Organisationsrechts. Die Zuständigkeitsregelung gehört zu den als Rechtssatz extern verbindlichen Organisationsvorschriften i.e.S.; die verfassungsrechtlichen Formvorschriften kraft objektiven Rechts zu den externen organisatorischen Verfahrensvorschriften⁽³⁾.

2. aa) Zweck der besonderen, außerordentlichen Zuständigkeitsvorschrift ist die repressive, absolute

1) RGZ 73,73; LUNENBURGER 134; SCHNEIDER:JW 1935, 2030; WILD:BayBm 1955,175; NJW 1955, 693; WALZ:Kom Hdb I 264; RÖMER:DNotZ 1956,360; WOLFF:MDR 1953,167; HELMREICH-WIDTMANN Art. 38 Erl 8; a.M. SCHOLZ:NJW 1953, 962

2) s. o. S.33

3) zum Begriff: FRIEDRICHS 67

Verhinderung von besonderen Verpflichtungserklärungen, die den Interessen der Gemeinde, so wie diese formal durch die Verfassung zur Wahrnehmung verteilt sind, zuwiderlaufen.

Es kann nicht Zweck der besonderen Zuständigkeitsvorschrift sein, besondere Verpflichtungsgeschäfte zu verhindern, die den materiell durch die Bürgerversammlung oder Bürgerrepräsentation bestimmten Interessen der Gemeinde widersprechen, sofern nicht die Verfassung auch formal durch rechtstechnische Organisationsnormen die materielle Interessenwahrung durch entsprechende Zuständigkeitsverteilung organisationsrechtlich legitimiert hat.

bb) Zweck der besonderen, außerordentlichen - nicht weniger zwingenden⁽¹⁾ - verfassungsrechtlichen Formvorschrift ist die vorbeugende, relative, die Gemeinde schützende Behinderung des Organwalters im Abschluß formal interessewidriger besonderer verpflichtungsgeschäfte (Schutzfunktion); daneben hat die Formbestimmung Klarstellungs- und Beweisfunktion, so daß sie mit den privatrechtlichen allgemeinen Formvorschriften, die vor Übereilung schützen sollen, verwandt ist⁽²⁾.

cc) Rechtstheoretisch unmöglich und unzulässig ist die Gleichstellung von Form- und Zuständigkeitsvorschrift hinsichtlich ihres Zwecks und die aus der Gleichstellung folgende Beeinflussung oder gar Abänderung der organisatorischen Zuständigkeitsordnung durch die Einhaltung der Formbestimmungen. So gibt es Theorien, nach denen zB die Einhaltung von verfassungsrechtlichen Formvorschriften einen fehler der Zuständigkeit heilen soll. Die Theorien über den Zweck von Form- und Zuständigkeitsregelungen werden in unterschiedlicher Ausprägung vertreten: von der Leugnung

1) WESTERMANN:ERMAN § 125 Erl 1; NAUK:JW 1936, 1572; a.M. BÖHM:AÖR 21, 222

2) WILD:NJW 1955, 695: Schutzfunktion in stetem Hinweis an Organwalter, Vorsicht zu üben.

jeglicher Bedeutung der Formvorschriften (sog. absolutes Willensprinzip)⁽¹⁾ über die Theorie von der legitimierenden Wirkung der Form (sog. relatives Willensprinzip)⁽²⁾ bis zur Lehre des RG von der Form als alleiniger Wirksamkeitsvoraussetzung⁽³⁾ und der

1) BÖHM: AöR 21, 222

2) SCHREIBER: DNotZ 1911, 519 ff.: die formrichtige Urkunde ersetzt den stets notwendigen Beschluß der Gemeindevertretung; sie ist zugleich Legitimationsbescheinigung und Willenserklärung nach außen. Die Legitimation wird bewiesen und bei Gutgläubigkeit des anderen Teils ersetzt durch eine in der besonderen Form der Gemeindeverfassung ausgestellten Urkunde. Formvorschriften haben die Bedeutung, daß die Urkunde bezüglich der Legitimation des Handelnden volle Sicherheit bieten soll. Die Urkunde wird zur Quelle der Vertretungsmacht (Lehre von der Formbedürftigkeit der Legitimation); KRÜGER 38, 48 gegen RG: JW 1905, 446: Erfüllung der Form gibt Garantie für Gültigkeit der Erklärung. Erfüllung der Form hat die Bedeutung, daß sie in denjenigen Fällen, in denen es am notwendigen Beschluß fehlt, dem Dritten gegenüber den Beschluß ersetzt. WESSEL 140: eine von den zuständigen Personen unter Beachtung der Formvorschriften abgegebene Erklärung bindet auch dann, wenn das zur Willensbildung zuständige Organ vorher nicht oder anders darüber beschlossen hatte; vgl. ferner auch FISCHER: RVBl 1940, 259, 307; RICHTER: RVBl 1931, 685.

3) RG: JW 1905, 446: eine Gemeinde kann sich nicht anders als in der vorgeschriebenen Form verpflichten. Grundsätzlich vertritt der Vorstand allein die Gemeinde nach außen. Rechtsgeschäfte, die er im Namen der Gemeinde tätigt, sind rechtswirksam ohne Rücksicht darauf, ob er gemäß dem Beschluß der Gemeindevertretung handelt. Die Beobachtung der Form genügt - ohne Rücksicht auf die Zustimmung der Gemeindevertretung. Die Formbeobachtung ist (stets) alleinige Wirksamkeitsvoraussetzung; ebenso HILD 30; SCHOPLOCK: prVBl 1911, 644, OLG Celle: NJW 1955, 714; gegen diese Auffassung: prOVG 70, 263; HELFRITZ Vertretung 23, 120; RILK: JW 1936, 1827

differenzierenden Lehre OESTERLINGS⁽¹⁾, BOHLEYS⁽²⁾, HAMELS⁽³⁾ und CAPELLERS⁽⁴⁾ von der Form als möglicher Wirksamkeitsvoraussetzung (sog. relatives Erklärungsprinzip).

Diese Theorien verkennen, daß wegen des Charakters der Juristischen Person als rechtstechnischer Organisation nur rechtstechnische organisatorische Zuständigkeitsregelungen die Bindung des Außenvertretungsakts an den Beschluß eines die materiellen Interessen der Gemeinde repräsentierenden (Kollegial-) Organs herbeizuführen vermögen⁽⁵⁾.

-
- 1) RVBl 1935, 918: wenn Übereinstimmung von zwei Organen durch die Form gesichert werden soll, enthält die Formvorschrift eine Vertretungsbeschränkung, im übrigen ist sie reine Formvorschrift.
 - 2) BayBm 1953, 267: Formvorschrift schränkt die Vertretungsmacht ein, wenn die außenvertretungsberechtigte Behörde nach objektivem Recht statt eines anderen Organs handelt und in dem Rechtsgeschäft ein Sachverhalt enthalten ist, der dem Kollegial-Organ zur Beschlußfassung vorbehalten ist; ähnlich auch ELSNER: Kom Hdb I 322
 - 3) DVBl 1955, 797: 1. Wenn Sinn der Form Anwendung gehöriger Sorgfalt bei Beschlußfassung, dann ist die Vertretungsmacht begrenzt. 2. Wenn Sinn der Form Regelung der Ausfertigung, der Mitteilung, der Kenntlichmachung eines bereits gefaßten Beschlusses, dann nur Bestimmung der Kundgabeform. Nur der Kundgaberegeln dienen Amtssiegel, Beifügung der Amtsbezeichnung. Wenn der Verwaltungsleiter nur, Beschlüsse des kollegialen Vorstands ausfertigt und zu verkünden hat, bestimmt Form Art und Weise der Feststellung und Kundmachung des Willens des beschließenden Organs. Das ist reine Form, und Treu und Glauben sind zu beachten. Weicht die Erklärung vom Beschluß ab, ist die Gemeinde kraft Rechtsscheins an die Erklärung gebunden, wenn die Formen eingehalten sind. Wenn der Verwaltungsleiter Vorstand ist, ist der Sinn der Formen derselbe, ebenso Kenntlichmachung als Erklärung der Gemeinde; vgl. auch o. S. 24
 - 4) MDR 1956, 8: die Formvorschriften sind dann Zuständigkeitsregelung, wenn Erklärung durch ein nicht den Vorstand darstellendes Organ abgegeben wird. Haftung allein von Einhaltung der Form abhängig.
 - 5) s. o. S. 56

dd) Dem jeweiligen Zweck entsprechend bestimmen sich je unterschiedliche Rechtsfolgen bei Verletzung einer Zuständigkeits- oder Formbestimmung, wobei durch die regelmäßige Koppelung beider in einem Rechtssatz das gemeinsame rechtliche Schicksal idR von der aus der effektiveren Zuständigkeitsverletzung resultierenden Rechtsfolge bestimmt wird⁽¹⁾.

dd1) Je verschieden regelt sich insbesondere die Nachgiebigkeit der jeweiligen Bestimmung gegenüber dem Grundsatz von Treu und Glauben, der für die privatrechtlich tätige Juristische Person des öffentlichen Rechts wie für die privatrechtliche Tätigkeit jeder Person gilt⁽²⁾, speziell gegenüber dem konkreten Einwand der unzulässigen Rechtsausübung.

dd2) Unterschiedlich ist auch die Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß zu beurteilen, je nachdem, ob der Haftungstatbestand sich aus dem Form- oder Zuständigkeitsfehler herleitet.

dd3) Auch die Möglichkeit der Ersetzung von Vertretungsmacht durch Duldung oder Rechtsschein steht im Zusammenhang mit dem Zweck der Zuständigkeits- oder Formvorschrift⁽³⁾.

3. Formvorschriften und nicht Zuständigkeitsregelungen sind:

aa) das Erfordernis der Schriftlichkeit von besonderen (in Bay auch einfachen) Verpflichtungserklärungen⁽⁴⁾,

bb) die Beidrückung des Amtssiegels und die Beifügung der Amtsbezeichnung⁽⁵⁾ sowie

cc) das Gebot, daß (nicht nach allen Gemeindeordnungen) zwei Organwalter handschriftlich unterzeichnen müssen (sog. Kollektiv-, Gesamt-Unterzeichnung).

1) RGZ 82, 7

2) so insbesondere SCHOLZ: NJW 1950, 81

3) s. o. S. 23 ff

4) s. NAUK:JW 1935, 1572; BEITZKE: MDR 1953, 3; WILD: NJW 1955, 693; vgl. auch HAMEL:DVBl 1955,797; OESTERLING:RVBl 1935, 918 (s. o. S. 91 Anm 1)

5) HAMEL:DVBl 1955,797:hat nur Kenntlichmachungszweck.

Diese letzte Bestimmung enthält zugleich - aber theoretisch durchaus trennbar - eine Zuständigkeitsregelung, die kraft objektiven Rechts verlangt, daß nur zwei Organwalter gemeinsam und kollegialisch die diesbezügliche Organ-Zuständigkeit wahrnehmen⁽¹⁾.

4. Es bestehen Zweifel, ob die Aufstellung solcher Formvorschriften durch Landesgesetze nicht gegen das Grundgesetz (Art. 31) verstößt; denn das BGB als Bundesrecht hat den Grundsatz der Formfreiheit aufgestellt und durch Art. 55 EGBGB alle landesgesetzlichen Formbestimmungen zur Wirkungslosigkeit verurteilt.

aa) Dieser Zweifel bewog das RG - bis zum Inkrafttreten der DGO, die als Reichsrecht nicht in Kollision mit Art. 55 EGBGB geraten konnte, - der Klärung dieser Frage dadurch aus dem Wege zu gehen, daß die Formvorschriften als materiellrechtliche Zuständigkeitsregelungen gedeutet wurden⁽²⁾. Das war der ursprüngliche Grund, weshalb das RG, das gleichwohl zwischen Form- und Zuständigkeitsregelungen richtig nach ihrer Bedeutung unterschied⁽³⁾, Fehler der Form mit denselben Rechtsfolgen verknüpfte wie Fehler der Zuständigkeit.

bb) Die Gründe des RG wurden jedoch mißverstanden und in der Wissenschaft die Leitsätze zum Anlaß genommen, die grundsätzliche Gleichbehandlung von

-
- 1) BGH:NJW 1952, 1130: es handelt sich bei der Kollektivvertretung um eine die Vertretungsmacht einschränkende Formvorschrift; ebenso WILD:NJW 1955, 693; RÖMER:DNotZ 1956, 361; BEITZKE:MDR 1953, 2; DIEKAMP 73, 154: neben der formellen Seite eine Regelung der Vertretungsmacht.
- 2) grundlegend RGZ 8, 408; ausführlich RG:JW 1907, 442 (s.o.S. 90 Anm. 3); ferner RG:JW 1936, 1826; RGZ 64, 414; 82, 398; besonders deutlich RGZ 67, 271; 68, 408: alle nicht der Form entsprechenden Erklärungen liegen außerhalb der Vertretungsmacht des Vorstands.
- 3) s. RGZ 73, 73; 169, 324; WILD:NJW 1955, 694.

kommunalen Form- und Vertretungsbestimmungen zu postulieren⁽¹⁾.

cc) Das wiederum forderte zum Widerstand heraus und rief eine ebenso gefährlich vereinfachende Gegenansicht hervor, die der Zuständigkeitsregelung jeden über den Zweck der Formvorschriften hinausgehenden Sinn absprach und deshalb der Formvorschrift nach Rechtscharakter, Bedeutung und Rechtsfolgen bei Fehlern gleichbehandelte⁽²⁾.

dd) Unter Ablehnung der Zwecklogik des RG, die entsprechende Zugeständnisse an praktische Bedürfnisse zur Folge hatte⁽³⁾, wurde versucht, die Gültigkeit der Formbestimmungen in den landesgesetzlichen Gemeindeordnungen gegen Art. 55 EGBGB dadurch zu retten, daß sie als öffentlich-rechtliche, verbandsrechtliche und nicht privatrechtliche, individualrechtliche Normen bezeichnet wurden⁽⁴⁾.

1) LG Aurich:NJW 1951,723; NAUK:JW 1936,2508; KRÜGER 17,68; GRAFE:NJW 1951,724; HURST:KompolBl 1951,245; BEITZKE:MDR 1953,1; WESSEL 140; ELSNER:KomHdb I 322; statt aller GRAFE aaO: es gelten alle Gründe für den zwingenden Charakter des Genehmigungserfordernisses auch für Beachtung der Form.

2) NIPPERDEY:JZ,577 Anm 4,581; SCHOLZ:NJW 1950,83: Genehmigungserfordernis ist eine Formvorschrift.

3) s. RICHTER:RVBl 1931, 685 Anm 3.

4) ARMBRUSTER:RVBl 1935,755; NAUK:JW 1936,2508; KRÜGER 41, 68; HELFRITZ Gutachten 27; dagegen RILK: JW 1936,2508: zwar richtig, daß privatrechtliche Betätigung ihren Anlaß in der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks hat, aber Formvorschrift ist keine öffentlichrechtliche.

ee) Als privatrechtlich und deshalb gemäß Art. 55 EGBGB unwirksam wurden die Formvorschriften von Gegnern des RG gewertet⁽¹⁾.

ff) Die kommunalrechtlichen Formvorschriften sind weder als Verwaltungsvorschriften Dritten gegenüber unbeachtlich noch öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregelungen, sondern als verfassungsrechtliche (personenrechtliche)⁽²⁾ und organisationsrechtliche Verfahrensvorschriften, als Rechtssätze allgemein verbindlich und deshalb weder verfassungswidrig noch mit Art. 55 EGBGB unvereinbar. Im BGB sind in Art. 55 EGBGB und in § 125 BGB nur geschäftsrechtliche Formvorschriften⁽³⁾ gemeint. Die kommunalen Formvorschriften wären in der Tat verfassungswidrig, wenn sie solche geschäftsrechtlichen Formen zum Gegenstand hätten⁽⁴⁾. Geschäftsrechtliche Formvorschriften betreffen

-
- 1) proVG 70,263: für Gültigkeit der Verpflichtungserklärung regelt BGB das Wann, die Gemeindeverfassung das Wie; so im Anschluß an HELFRITZ Vertretung 123; APPEL:JW 1913,531; SCHREIBER:DNotZ 1911,538; OG Danzig:RVBl 1931,641; RICHTER:RVBl 1931,688:sind reine Verwaltungsvorschriften, Anweisungen an die Verwaltungsbehörde, deren Nichtbeachtung ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde u.ä. zur Folge hat; JANSEN:RVBl 1935,650: wenn Privatrecht Schriftform verlangt, hat diese in der kommunalrechtlichen Form zu erfolgen; RILK:JW 1936,1827: kommunalrechtliche, besondere Form nur dann, wenn BGB eine irgendwie geartete Form vorschreibt; ebenso ALTHAUS Recht 144, Kritik 14; LÜNENBÜRGER 134: reine Formvorschrift entsprechend § 125 BGB.
- 2) d.h. für alle von der betroffenen Person vorgenommenen Rechtsgeschäfte verbindlich: FRIEDRICHS 67; vgl. auch RG:RVBl 1934,263: Bestimmung zur Regelung der Art und Weise, in der die öffentlich-rechtliche Körperschaft durch ihre Organe zu vertreten ist.
- 3) s. FRIEDRICHS 67.
- 4) s. o. S. 95 Anm 1.

die formale Beschaffenheit einer Willenserklärung, während durch die verfassungs-(personen-)rechtlichen Formvorschriften der Gemeindeordnungen organisatorisch geregelt wird, wie überhaupt eine Willenserklärung des Verbands zustande kommen muß⁽¹⁾. § 125 BGB ist deshalb trotz des ähnlichen Zwecks nicht unmittelbar auf die kommunalrechtlichen Formvorschriften anwendbar⁽²⁾. Nach der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Form müssen daneben auch alle geschäftsrechtlichen Formen - wie Schriftform (§ 126 BGB), öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB), gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128 BGB), Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor der Urkundsperson (§ 925 BGB) eingehalten werden, damit das Rechtsgeschäft wirksam wird⁽³⁾.

b) Zuständigkeitsregelungen

Zur Unterzeichnung von besonderen Verpflichtungserklärungen können entweder ein Organwalter (Einzelverwaltung) oder zwei Walter als kollegialische Gesamtvertreter (Gesamtverwaltung) berufen sein.

1. Einzelverwaltung

Der Verwaltungsleiter ist zur Abgabe der besonderen Verpflichtungserklärungen - wie der einfachen allgemeinen rechtsgeschäftlichen Erklärungen - zuständig gemäß § 54 I-III bwGemO, Art 38 II 2 bayGemO, § 48 Nr. 8 brhVGemO, § 50 II 2 rhpfGemO, § 58 saarlGemO.

Ebenso ist der allgemeine Vertreter des Verwaltungsleiters als Ersatzwalter zur Einzelverwaltung berufen - ausgenommen BW: nach § 54 bwGemO dürfen nur der Bürgermeister-Stellvertreter oder der Erste Beigeordnete, nicht jedoch die anderen Ersatzwalter be-

1) ähnlich KRUGER 46: bei der Formvorschrift handelt es sich um Vorschrift über Beschaffenheit und Zustandekommen einer Erklärung der Juristischen Person, also um Organisationsrecht.

2) a.M. HILD 31

3) RÖMER: DNotZ 1956, 361

sondere Verpflichtungserklärungen ohne Zuziehung eines zweiten Organwalters alleine abgeben. Auch nach § 79 IV heGemO (Bürgermeister-Verfassung) kann nur der Bürgermeister allein handeln; sein allgemeiner Vertreter bedarf der Zweitunterschrift eines weiteren Beigeordneten⁽¹⁾.

Auch ein Beauftragter kann in den Fällen der Einzelwaltung die Verpflichtungserklärung allein abgeben.

2. Gesamtwaltung

Nach den übrigen Gemeindeordnungen - auch gemäß § 79 IV heGemO und § 54 bwGemO, wenn nicht die genannten Einzelwalter erklären - müssen besondere Verpflichtungserklärungen von zwei Organwaltern in kollegialischer Gesamtwaltung abgegeben werden. Die Zweitunterschrift ist mitverantwortlich und nicht nur ein Sichtvermerk⁽²⁾.

Die entsprechenden Rechtsnormen sind echte Zuständigkeitsregelungen.

Die Gesamtwalter sind gesetzlich berufene, originäre, kollegialische Organ-Gesamtwalter der an sich im Regelfall die einfachen allgemeinen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgebenden Behörde, die sonst als monokratisches Organ handelt. Die Außenvertretungsbehörde ist insoweit bei Vornahme von besonderen Verpflichtungsgeschäften irregulär besetzt⁽³⁾ als (bi-)kollegialisch zusammengesetztes Organ⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

1) so: FRÖHNER-BRAN 312; ELSNER:KomHdb I 327; MUNTZKE-SCHLEMP 816; irrtümlich a.M. ALTHAUS Recht 147; GÖNNENWEIN:AöR 81, 238

2) HILD 19

3) MUNTZKE-SCHLEMP 313: die Außenvertretung ist an sich eine solitäre Zuständigkeit.

4) s. o. S.47

5) ähnlich wie hier für § 56 nwGemO: SCHULZE:AöR 76, 50: Firma ist nicht Rat, sondern Gemeinde und Amtsstelle, deren leitender walter unterzeichnet; a.M. ZUHORN 129 für § 56 nwGemO: handeln als Mandatäre ohne Organeigenschaft; ZUHORN 142 für § 54 nwGemO: echte Delegation; HAMEL: DVBl 1955, 797: Anordnung der Gesamtwaltung schafft keine besondere kollegiale vertretungsmacht.

Die beiden Gesamtwalter sind einander gleichgeordnet. Es ist unzulässig, daß einer der Gesamtwalter - hinsichtlich der Unterschriftsleistung - den Weisungen des anderen unterliegt.

Erstunterzeichner sind der Verwaltungsleiter oder sein Vertreter im Amt, Zweitunterzeichner diese oder ein anderer Ersatzwalter oder Amtsbeauftragter⁽¹⁾. Jedoch ist es nicht zulässig, qualitative Unterschiede zwischen Erst- und Zweitunterzeichner zu machen⁽²⁾⁽³⁾.

aa) Gesamtwaltung durch Gemeindebedienstete:

aa1) der Verwaltungsleiter mit einem Gemeindebediensteten, und zwar

aa 1a) mit seinem allgemeinen Vertreter gemäß § 79 IV 2 heGemO (BmVf) und §§ 50 II, 57 II schlhGemO (BmVf);

aa 1b) mit einem Mitglied des Verwaltungsausschusses gemäß § 71 II 2 heGemO (MagVf) und § 61 II schlhGemO (MagVf);

aa 1c) mit einem (kraft Gesetzes, Delegation oder Mandats) vertretungsberechtigten⁽⁴⁾ Beamten oder Angestellten gemäß § 54 II 2 nwGemO (für Anstellungsverträge und sonstige schriftliche Erklärungen zur Regelung der Rechtsverhältnisse von Angestellten und Arbeitern) und § 56 II 2 nwGemO;

aa2) zwei Beigeordnete, Beamte oder Angestellte gemäß § 54 II bwGemO (hingegen der Stellvertreter des Bürgermeisters oder der Erste Beigeordnete je allein in Einzelwaltung);

1) ELLERINGMANN AV 106

2) so MUNTZKE-SCHLÉMPF 777

3) ALTHAUS meint in Kritik 14 f. - allerdings ohne nähere Begründung -, daß der Verwaltungsleiter nicht gemeinsam mit seinem ständigen allgemeinen Vertreter erklären darf.

4) dazu s. o. S.74

- bb) Gesamtwaltung durch je einen Gemeindebediensteten und ein Mitglied der Bürgerrepräsentation, und zwar
- bb1) der Verwaltungsleiter mit dem Bürger schaftspräsidenten gemäß § 68 I 2 nds GemO, § 77 IV ndsGemO (für Anstellungsverträge, ausgenommen solche mit dem Gemeindedirektor oder einem Wahlbeamten);
- bb2) der Verwaltungsleiter mit einem anderen Mitglied der Bürgerrepräsentation gemäß § 68 I 3 ndsGemO, § 77 IV ndsGemO, sofern der Verwaltungsleiter zugleich Bürgerschaftspräsident ist;
- cc) Gesamtwaltung durch Mitglieder der Bürgerrepräsentation, und zwar
- der Bürgerschaftspräsident mit einem weiteren Mitglied gemäß § 77 IV 1 ndsGemO (für Anstellungsverträge mit dem Gemeindedirektor oder einem anderen Wahlbeamten), § 54 II 1 nwGemO (für Anstellungsverträge mit Beamten der Gemeinde),
- § 56 II nwGemO (bei ausgeübtem Rückholrecht, d.h. bei Evokation durch den konservierend Delegierenden)⁽¹⁾.

3. Abgabe durch Bevollmächtigte

aa) Ein rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter kann als Einzelwalter für die Gemeinde besondere privatrechtliche Verpflichtungserklärungen abgeben⁽²⁾. Die Bevollmächtigung zur Abgabe verpflichtender Erklärungen muß allgemein - nicht nur wenn sie mit einem verpflichtenden Rechtsgeschäft wie zB Geschäftsbesorgungsvertrag verbunden oder wenn sie unwiderruflich ist⁽³⁾ - nach der für besondere Verpflichtungserklärungen geltenden Zuständigkeitsregelung und Formvorschrift erfolgen⁽⁴⁾. Zwar ist die Bevollmächtigung für sich selbst

1) s. o. S. 18

2) s. o. S. 22, 74

3) gegen ALTHAUS Recht 144

4) s. o. S. 66

keine besondere Verpflichtungserklärung, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, auch gilt im Privatrecht (§ 167 II BGB) grundsätzliche Formfreiheit für die Bevollmächtigung, dennoch ist hier die Bevollmächtigung der Regelung für besondere Verpflichtungserklärungen zu unterstellen⁽¹⁾, weil

aa1) die Bevollmächtigung Ausfluß der Organisationsgewalt ist und sich deshalb nach der organisatorischen Zuständigkeitsordnung regelt, deshalb auch der - auch im Bereich des Privatrechts nicht undurchbrochene⁽²⁾ - Grundsatz der Formlosigkeit der Bevollmächtigung hier nicht gilt,

aa2) sonst die Zuständigkeitsregelung für besondere Verpflichtungserklärungen vom Erteiler der Vollmacht durchbrochen werden könnte und die Gemeinde vor solcher Umgehung geschützt werden muß⁽³⁾,

aa3) der Bevollmächtigte selbst ohne Einhaltung besonderer Verfahren oder besonderer Formen die verpflichtende Erklärung abgeben kann und die Bevollmächtigung somit bereits Bindungswirkung besitzt⁽⁴⁾.

bb) Auch Vertretung durch vollmachtlosen Vertreter ist möglich bei der Abgabe besonderer Verpflichtungserklärungen⁽⁵⁾; denn die Erklärung eines vollmachtlosen Stellvertreters ist nicht formnichtig, weil

1) so im Ergebnis: RGZ 116,252; BGHZ 6,330; OLG Celle: KomRspr § 56 Nr. 6; LEMKE:RVBl 1935,818; ARMBRUSTER: RVBl 1935,755; GROSDIDIER 17,33; HILD 33; STEFFENS: DJZ 1935,607; LÜNEBURGER 103; BOHLEY: BayBm 1953,268; BERKENHOFF:Gem 1954,157; MASSON Art 38 Erl 11; ELLERINGMANN revDGO 75; DIEKAMP 138; ELSNER:KomHdb I 322; ferner RGZ 146,47; a.M. JANSEN: RVBl 1935, 652; SCHNEIDER: JW 1935, 2030

2) MUNTZKE-SCHLEMP 765

3) so ELLERINGMANN:StuSev 1935,443; NAUK:JW 1936,1574; SCHLEMP 38

4) s. JANBERG:RVBl 1935, 654.

5) RÖMER: DNotZ 1956, 361; NAUK: JW 1936, 1575 und BERKENHOFF: Gem 1954, 157: nur bei einfachen und nicht verpflichtenden Erklärungen, weil das Handeln des vollmachtlosen Vertreters zunächst formnichtig ist und durch nachträgliche Genehmigung nicht geheilt werden kann.

sie idR (ausgenommen Bay) der Form nicht bedarf. Die besonderen Vorschriften gelten dann - ebenso wie für die Bevollmächtigung - für die Erteilung der (nachträglichen) Genehmigung, die unter Wahrung der besonderen Zuständigkeits- und Formvorschriften erfolgen muß.

c) Zuständigkeitsregelung für Kassengeschäfte

Die besonderen Verpflichtungserklärungen (in Bay auch die einfachen Verpflichtungserklärungen), die zu den Kassengeschäften⁽¹⁾ gehören, müssen vom Kassenverwalter mit seinem Stellvertreter oder mit einem anderen vom Verwaltungsleiter beauftragten Beamten oder Angestellten der Kasse abgegeben werden⁽²⁾, sofern die Gemeindeordnung Gesamtwaltung für besondere Verpflichtungserklärungen fordert. Wo die Gemeindeverfassung Einzelwaltung vorsieht, unterzeichnen auch der Kassenverwalter oder sein Vertreter im Amt die besonderen verpflichtenden Kassengeschäfte je für sich allein. Kassengeschäfte dürfen nicht vom Verwaltungsleiter oder von dessen Ersatzwaltern erledigt werden, sondern sind allein den Beamten und Angestellten der Kasse vorbehalten⁽³⁾.

d) Formvorschriften

1. Abgabe durch Organwalter

aa) Von Organwaltern abgegebene besondere (in Bay gemäß Art. 38 bayGemO auch einfache) Verpflichtungserklärungen müssen schriftlich sein, d.h. sie müssen formuliert niedergeschrieben und eigenhändig, handschriftlich unterzeichnet sein;

§ 54 bwGemO, Art 38 II bayGemO, § 48 Nr. 8
brhvGemO, §§ 71 II, 79 IV heGemO, § 68 I
ndsGemO, § 56 I nwGemO, § 50 II rhpfGemO,
§ 58 saarlGemO, § 61 II schlhGemO.

1) zum Begriff s. o. S. 72

2) so LÜNENBÜRGER 83; DIEKAMP 122; EICH: KomHdb III 488; SCHLEMP 74; a.M. MUNTZKE-SCHLEMP 761, 1053: Kassenverwalter allein als Bevollmächtigter; Bevollmächtigung erfolgt formgerecht durch Verwaltungsleiter.

3) DIEKAMP 122

Dem Erklärungsgegner muß das Schriftstück, das die formulierte verpflichtende Erklärung enthält, mit den Original-Unterschriften - nicht mit Faksimile - oder Namensstempel oder beglaubigter Unterschrift⁽¹⁾ - der zuständigen Walter in Erstschrift übergeben werden⁽²⁾. Für die Abfassung des Erklärungsinhalts genügt jede Art von Schriftlichkeit, auch Maschinen- oder Buchdruck⁽³⁾. Das Erfordernis der Schriftlichkeit wird konsumiert von der uU angeordneten öffentlichen Beurkundung.

bb) Die Beidrückung des Dienstsiegels wird verlangt in §§ 71 II 3, 79 IV 3 heGemO, § 50 II rhpfGemO, §§ 50, 57 II b, 61 II b schlhGemO - in § 68 IV ndsGemO nicht für Privatrechtsgeschäfte⁽⁴⁾.

cc) Die bayGemO fordert in Art. 38 II zudem die Angabe der Amtsbezeichnung des Organwalters (ebenso § 54 III bwGemO als Sollvorschrift); die brhVGemO (§ 48 Nr. 8) sowie die nwGemO (§ 56 I) sehen die Zeichnung "im Auftrag" des Magistrats bzw. des Rats vor⁽⁵⁾.

2. Abgabe durch Bevollmächtigte

Für die von einem rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten abgegebenen besonderen Verpflichtungserklärungen besteht idR nicht die Pflicht, eine bestimmte Form einzuhalten⁽⁶⁾; denn bereits die Bevollmächtigung bedurfte

1) ausgenommen die Inhaberschuldverschreibung gemäß § 781 BGB

2) GROSIDIER 27; HILD 30; ALTHAUS Recht 146

3) SCHLEMP 82; MUNTZKE-SCHLEMP 777; BERKENHOFF: Gem 1954, 176

4) so FRÖHNER-BRAN 354; irrtümlich a.M. GÖNNENWEIN: AöR 81, 238 und HAMEL: DVBl 1955, 798 Anm 17

5) a.M. SCHULZE: AöR 76, 50: bezieht sich nur auf eine förmliche Äußerung des Rats, bei der vorherige Beschlußfassung zwingend angeordnet ist.

6) wie hier: RGZ 123, 358; SCHREIBER: DNotZ 1911, 527; SCHLEMP 40, 80; MUNTZKE-SCHLEMP 766, 782; RÖMER: DNotZ 1956, 372; DIEKAMP 164; BERKENHOFF: Gem 1954, 157; a.M. HELFRITZ Vertretung 13 Anm 1; HILD 36; LEMKE: RVBl 1935, 818; z.T.a.M. JANBERG: RVBl 1935, 655: nur dann, wenn die Vollmacht in der vorgeschriebenen Form den Bevollmächtigten befugt, die Gemeinde mündlich zu verpflichten.

als Ausfluß der Organisationsgewalt der Erteilung in demselben Verfahren und derselben Form, wie sie die entsprechende Verpflichtungserklärung, zu deren Abgabe bevollmächtigt wurde, erfordert hätte.

Davon abweichend wird die Schriftform in jedem Fall der Abgabe durch Bevollmächtigte verlangt von §§ 50 III 2, 57 III 2, 61 III 2 schllhGemO und § 68 III 2 ndsGemO.

III. Kapitel. Der fehlerhafte Außenvertretungsakt

§ 10. Folgen fehlerhafter Vertretung

I. Die möglichen Arten und Folgen fehlerhafter Außenvertretungsakte sollen systematisch untersucht werden.

Fehlerhaft sind solche Außenvertretungsakte, die irgend einen Mangel zur Eigenschaft haben, der rechtliche Folgen haben kann. Als relativer Begriff wird die Fehlerhaftigkeit dabei gemessen an dem Idealbild des rechtlich richtigen Außenvertretungsakts und an den die rechtliche Richtigkeit bedingenden tatsächlichen Voraussetzungen. Der hier verwendete Begriff der Richtigkeit ist weiter als der Begriff der Wirksamkeit. Die Unrichtigkeit (Fehlerhaftigkeit) des Außenvertretungsakts tastet nicht notwendig seine Wirksamkeit an. Es soll festgestellt werden, welche Fehler die Unwirksamkeit eines Außenvertretungsakts bewirken.

II. Der fehlerhafte Akt steht zwischen dem Nichtakt, dem überhaupt der äußere Tatbestand fehlt, und dem richtigen Akt, der alle Tatbestandsmerkmale und Wirksamkeitsvoraussetzungen aufweist und deshalb mit voller, unbedingter Wirksamkeit begabt ist, sofern nicht der Inhalt rechtsordnungsgemäß unmöglich ist oder die Beteiligten selbst nur den Willen zu beschränkter Wirkung erkennbar äußern (Bedingung, Befristung).

III. Das rechtliche Schicksal des fehlerhaften Akts kann je nach Art und rechtlicher Erheblichkeit (Effektivität) des Fehlers sein:

- a) die unbedingte Wirksamkeit,
- b) die durch Erfüllung oder Zustimmung bedingte Wirksamkeit,
- c) die durch Anfechtung oder Klage bedingte Unwirksamkeit,
- d) die relative unbedingte Unwirksamkeit,
- e) die absolute unbedingte Unwirksamkeit.
- f) Als nichtig werden charakterisiert die (noch nie wirksamen) angefochtenen (bedingt unwirksamen) und relativ oder absolut unbedingt unwirksamen Akte.
- g) Die nicht angefochtenen (noch nicht unwirksamen) anfechtungs- oder klagebedingt unwirksamen (zunächst wirksamen) Akte sind schwebend wirksam.
- h) Die noch nicht wirksamen zustimmungs- oder erfüllungsbedingt wirksamen (zunächst unwirksamen) Akte werden als schwebend unwirksam bezeichnet.

IV. Aus diesem System der durch Fehlerhaftigkeit bedingten möglichen Rechtsfolgen eines Akts ist die jeweils eintretende Rechtsfolge abzulesen.

Die Fehlerhaftigkeit kann einerseits betreffen die Zuweisung (Zurechnung oder Zuordnung) des an sich richtigen Akts zu dem - dem Inhalt des Rechtsakts entsprechenden - Rechtssubjekt (Zuständigkeit- oder Vollmachtsfehler); andererseits kann der Rechtsakt selbst wegen eines ihm innewohnenden subjektiven oder objektiven Fehlers unrichtig sein (Form-, Verfahrens-, Willens-, Inhalts-, Zulässigkeits- u.ä. Fehler).

§ 11. Zuständigkeitsfehler⁽¹⁾

I. a) Ein Zuständigkeitsfehler liegt immer dann vor, wenn ein dem Tatbestand nach vollständiger (richtiger oder inhaltlich fehlerhafter) Rechtsakt von einem Menschen gesetzt ist, ohne daß ein objektiver Rechtsatz diesen zur Setzung dieses Tatbestands mit diesem

1) In all diesen Fällen sprechen von Vertretung ohne Vertretungsmacht gemäß § 177 BGB: ALTHAUS Recht 149, BERKENHOFF: Gem 1954, 153, BOHLEY: BayBm 1953, 268.

Inhalt berechtigt und zur rechtsordnungsgemäßen Hervorrufung der inhaltsgemäßen Rechtsfolgen befähigt, d.h. wenn die von der Rechtsordnung als Recht und Pflicht (Kompetenz) charakterisierte und ausgestaltete Beziehung dieses handelnden Subjekts zu diesem Rechtsakt fehlt.

In solchem Sinne sind zB das Handeln eines Geschäftsunfähigen, die Vindizierung eines Nichteigentümers, das Vertreterhandeln eines Vollmachtlosen unzuständig.

b) Aber auch dann, wenn die Berechtigung und Befähigung an sich, aber doch nicht so - wie im Akt geschehen - gegeben ist, leidet der Rechtsakt an einem Zuständigkeitsfehler;

so zB wenn ein Vertreter ein durch seine Vollmacht nicht ganz gedecktes Geschäft, wenn nur einer aus einem Kollegium einen kollegial vorzunehmenden Rechtsakt tätigt, wenn ein zur Herausgabe nur wegen früheren Besitzes Berechtigter nach § 985 BGB herausverlangt.

c) Im Folgenden ist nur die Rede vom Zuständigkeitsfehler in dem engeren Sinne eines Fehlers der organ-schaftlichen Zuständigkeit, d.h. der Rechte-Pflichten-Beziehung eines Subjekts zu einem Rechtsakt, die innerhalb der Organisation der Juristischen Person in einem mehrstufigen Gefüge solcher Beziehungen zum Zweck der Wirkfähigkeit hergestellt worden ist⁽¹⁾. Fehler der Zuständigkeit sind in diesem Sinne Fehler in der Betätigung dieser durch organisatorischen Rechtssatz geschaffenen und zusammengefügteten Kompetenzen.

II. Unzuständigkeit des Organwalters

a) Ein Zuständigkeitsfehler kann sich zunächst dadurch ergeben, daß die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Organ-Zuständigkeit dem handelnden Organwalter fehlt (erststufiger Zuständigkeitsfehler).

Das ist zB der Fall,

1. wenn dieser Walter niemals (auch nicht fehlerhaft) zur Wartung des betreffenden Organs berufen worden ist oder

1) s. o. S.29 f

2. wenn die Berufung oder der Amtsauftrag des beauftragten Organwalters nichtig ist oder

3. wenn er nur Gesamt-Walter ist⁽¹⁾ oder

4. wenn statt seiner ein Staatsbeauftragter bestellt worden ist⁽²⁾.

b) In diesen Fällen fehlt die Rechte-Pflichten-Beziehung zwischen Organwalter und Organ; die Bindung des walters an das Organ ist organisationsrechtlich nicht hergestellt. Die Rechtsfolge ist, daß der vom fehlerhaft zuständigen Organwalter gesetzte Tatbestand nicht dem Organ und damit nicht der Juristischen Person zugerechnet werden kann (erststufige Zurechnungssperre)⁽³⁾.

c) Das rechtliche Schicksal des nicht zurechenbaren Rechtsakts (Tatbestands) ist die absolute unbedingte Unwirksamkeit (Nichtigkeit); denn der Rechtsakt kann nie die seinem erkennbaren Inhalt entsprechenden Rechtswirkungen erzeugen⁽⁴⁾. Das Rechtsgeschäft muß neu vorgenommen werden. Eine Bestätigung ist in Wirklichkeit eine Neuvernahme, die nochmals alle besonderen Vorschriften beachten muß.

1) s. o. S. 47, 93

2) so MUNTZKE-SCHLEMPF 755; a.M. LÜNENBÜRGER 120; vgl. o. S. 77

3) vgl. WOLFF Vertretung 235.

4) so RGZ 67, 271; 68, 408: Erklärungen liegen außerhalb der Vertretungsmacht und gelten deshalb nicht als abgegeben (!); HELFRITZ AStR 90: handelt ein mit Organschaft ausgestattetes Mitglied der Verbandsperson außerhalb des Bereichs seiner Zuständigkeit, so liegt kein organschaftliches Handeln mit Wirkung für die Verbandsperson vor, da Fähigkeit durch Zuständigkeit begrenzt ist. Die Rechtsfolgen treffen das Mitglied; HELFRITZ Vertretung 125 Anm 1: Organschaftsträger hat als selbständige, außerhalb der Verbandsperson stehende Rechtspersönlichkeit gehandelt; deshalb steht nichts im Wege, auf diesen Fall § 179 BGB anzuwenden (Haftung des falsus procurator); SUREN-LOSCHOLDER § 36 DGO Erl 6: keine nachträgliche Genehmigung; WOLFF Vertretung 241: Organwalterverhalten wird der Organwalterperson zugerechnet; GIESE StR 53 f.: Was über den Zuständigkeitsbereich hinaus geschieht, ist privatpersönliches Wollen und Handeln des individuellen Organträgers; ELLERINGMANN rev. DGO 62, der aber von Nichttakt spricht; a.M. SALZMANN-SCHUNCK § 50 Erl 2: Organ vertritt unbeschränkt; GROSDIDIER 14, 28 Anm 5; NAUK:JW 1936, 1575 f; BEITZKE:MDR 1953, 2: nachträgliche Genehmigung möglich; WESSEL 138

Die arglistig zum Nachteil der Gemeinde abgegebenen Erklärungen des Organwalters (Mißbrauch der Vertretungsmacht, Kollusion) sind unzuständigen Erklärungen gleichzustellen. Sie werden nicht der Gemeinde zugerechnet und verpflichten sie ebensowenig, wie wenn ein beliebiger Dritter sie abgegeben hätte. Sie sind gemäß § 138 BGB nichtig⁽¹⁾.

III. Unzuständigkeit des Organs -

a) Ein Zuständigkeitsfehler wird weiterhin dadurch verursacht, daß die vom Organwalter richtig wahrgenommene Zuständigkeit sich nicht auf eine Organ-Zuständigkeit bezieht (zweitstufiger Zuständigkeitsfehler). Das ist der Fall zB

1. wenn die wahrgenommene Zuständigkeit eine Organteil-Zuständigkeit darstellt⁽²⁾ und somit die richtige organschaftliche, durch das Organ als Durchgangssubjekt vermittelte Beziehung zwischen dem Organwalterakt und der Juristischen Person fehlt; d.h. der vom Organwalter gesetzte Rechtsakt kein Organakt ist, oder

2. wenn der Fall eines absoluten Zuständigkeitsfehlers⁽³⁾ vorliegt; d.h. wenn das Organ im Einzelfall unter keinen denkbaren Umständen zuständig sein kann:

aa) bei Zuständigkeit des Kassenverwalters fehlt dem Verwaltungsleiter absolut die Organ-Zuständigkeit⁽⁴⁾;

bb) ebenso bei abweichender Zuständigkeitsregelung in den Fällen der Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen Organwalter⁽⁵⁾, überhaupt in den Fällen der Interessenkollision⁽⁶⁾;

1) HELFRITZ 129, GROSDIDIER 14, MUNTZKE-SCHLEMPF 750, DIEKAMP 66

2) s. o. S.43 ff, 55, 69

3) zum Begriff: WOLFF VwR I § 51 III b 3: wenn die handelnde Behörde auch nicht in Not- oder Eilfällen oder als andere Instanz oder zur Durchsetzung oder nicht allein hätte tätig werden können; vgl. o. S.23

4) DIEKAMP 77, EICH: KomHdb III 487

5) s. o. S.82

6) MUNTZKE-SCHLEMPF 753, DIEKAMP 76, 104

cc) auch dann, wenn die Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde angeordnet ist, wird das bisher zuständige Organ absolut unzuständig⁽¹⁾;

dd) wenn der konservierend Delegierende oder der unter Rückholvorbehalt bestellte Delegatar handeln, obwohl der jeweils andere bereits tätig gewesen ist. Der Rückholbeschluß (Evokation) allein nimmt noch nicht die Zuständigkeit, weil er nur intern gilt⁽²⁾.

b) Weil in diesen Fällen der Organwalter keine (Voll-) Organ-Zuständigkeit wahrnimmt, wird sein Handeln und Erklären nicht der Juristischen Person zugerechnet (zweitstufige Zurechnungssperre).

c) Der nicht zugerechnete Rechtsakt ist absolut unbedingt unwirksam (nichtig)⁽³⁾. Die Nicht-Zurechnung bedingt, daß keine der gewollten Rechtsfolgen die Gemeinde treffen. Der nicht zugerechnete Organwalterakt kann nicht bedingt wirksam (schwebend unwirksam) sein, weil nicht nur eine einzelne Wirksamkeitsvoraussetzung zu erfüllen genügt, um die Zurechnung herbeizuführen, sondern die Erfüllung der normativen Zurechnungs-Voraussetzungen der Primär-Zuweisung einer Rechtsfolge vorausgehen muß.

d) Hierher gehört auch der Fall mangelnder Verbandskompetenz, wenn nämlich die Gemeinde als Person nicht die

1) DIEKAMP 124; vgl. o. S. 76

2) s. o. S. 20

3) so NAWIAKSY AStL III 71: man befreit sich nicht von einer Verpflichtung gegenüber dem Staat und begründet keine Rechtsansprüche gegen ihn, wenn man sich an inkompetente Organe wendet; ELLERINGMANN revDGO 62 spricht von Nichtakt; a.M. ALTHAUS Recht 149, GROSDIDIER 14, LÜNENBÜRGER 179, SCHLEMPF 11, die diesen Fall übereinstimmend als Vertretung ohne Vertretungsmacht bezeichnen; SALZMANN-SCHUNCK § 50 Erl 2: das Organ vertritt unbeschränkt.

Kompetenz besitzt, die den Rechtsakt decken könnte⁽¹⁾
(zB Tätigwerden der Gemeinde A auf dem Gebiet der Gemeinde B).

IV. Zuständigkeitseinschränkungen eines Organs

a) Auch bei richtiger Wahrnehmung der richtigen Organzuständigkeit durch den Organwalter kann ein Zuständigkeitsfehler sich dadurch ergeben, daß das Organ kraft organisatorischen Rechtssatzes an Organakte anderer Organe gebunden ist, so daß erst die richtige Wahrnehmung beider oder mehrerer Organ-Zuständigkeiten die Zuordnung der Rechtsfolge bewirken kann⁽²⁾.

b) In diesen Fällen wird der vom Organwalter gesetzte Tatbestand der Juristischen Person zugerechnet, aber ihm die Außenwirksamkeit solange versagt, bis der rechtssatzmäßig geforderte Ergänzungs-Organakt hinzutritt⁽³⁾ (Zuordnungssperre).

c) Das ist der Fall dann, wenn Organe durch Rechtssatz zum Zusammenwirken verpflichtet sind oder wenn sie einander beigeordnet oder eingegliedert sind⁽⁴⁾.

1. aa) Das Erfordernis aufsichtsbehördlicher Genehmigung zu in der Gemeindeordnung genau bestimmten einzelnen Rechtsgeschäften bedeutet keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Gemeinde, sondern ist ein Fall des Zusammenwirkgebots an Organe mit je verschiedenen Trägern - sofern die Einholung der Genehmigung nicht als reine Verwaltungsvorschrift lediglich intern angeordnet ist⁽⁵⁾.

-
- 1) BGHZ 20, 117; BGH: NJW 1956, 746: die Juristische Person des öffentlichen Rechts kann nur im Rahmen ihrer Satzung tätig werden und außerhalb dieses Rechtskreises überhaupt nicht rechtswirksam handeln; ebenso HELFRITZ Vertretung 128, AStR 88
 - 2) s. o. S. 56 f.
 - 3) auch Helfritz unterscheidet diesen Fall vom Fall der Unzuständigkeit: HELFRITZ Vertretung 125: auf alle Fälle liegt hier eine Organhandlung, eine Handlung der Gemeinde vor.
 - 4) s. o. S. 23, 58, 59, 70
 - 5) OVG Lüneburg: DVBl 1954, 547; SCHLEMP 64; LÜNEN-BÜRGER 171 Anm 49; MUNTZKE-SCHLEMP 1116; vgl. o. S. 57

Die aufsichtsbehördliche Genehmigung ist als unselbstständige Genehmigung⁽¹⁾ ein (nicht eingreifendes) Mittel staatlicher Rechtsaufsicht und betrifft idR Veräußerungsgeschäfte, Darlehenshingaben und ihnen wirtschaftlich gleichzustellende Verträge wie zB Bürgschaften⁽²⁾. Durch Verwaltungsakt greift hier die Aufsichtsbehörde gestaltend in privatrechtliche Rechtsverhältnisse ein; formell verwaltungsrechtlich trifft sie eine privatrechtliche Entscheidung⁽³⁾. Der Genehmigungsbescheid kann nachträglich oder (zT nur) vorher (als Einwilligung)⁽⁴⁾ erteilt werden; er ist wegen seiner rechtsgestaltenden Wirkung unwiderruflich, sobald er ordnungsgemäß zugestellt worden ist⁽⁵⁾. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn nach ordnungsgemäßer Beantragung eine bestimmte Frist ungenutzt verstrichen ist; so ausdrücklich

§ 133 I 2 ndsGemO und § 119 rhpfGemO.

Die Versagung der Genehmigung für ein nach dem objektiven Recht eindeutig genehmigungsbedürftiges (und nur für dieses⁽⁶⁾), nicht erst geplantes, sondern zustandegekommenes Rechtsgeschäft führt erst dann zu dessen Nichtigkeit, wenn die Versagung im Rechtsmittelverfahren in letzter Instanz bestätigt worden ist⁽⁷⁾ oder wenn kein Rechtsmittel eingelegt ist und ein Vertragspartner erkennbar nicht mehr an dem Rechtsgeschäft festhalten will. Die Zurücknahme einer endgültigen Versagung unter Neuerteilung der Genehmigung hebt die ein-

1) s. PAUL: SKV 1958, 196

2) vgl. dazu BECKER: KomHdb I 173; ALTHAUS Recht 138; ZUHORN 65, 99; MITTELBERG: GemHaush 1959, 90.

3) zur Problematik: KÖTTGEN: KomHdb I 220 und BETTERMANN: NJW 1957, 1499

4) BGH: KomRspr Erlasse Nr. 30 Seite 25

5) RGZ 103, 107; SALZMANN-SCHUNCK § 115 Erl 2; LANGE: AcP 152, 263; a.M. FORSTHOFF 217

6) a.M. BGH: NJW 1957, 385 mit Ann von HAUEISEN

7) ähnlich wie hier: BGH: NJW 1956, 1918; PAUL: SKV 1958, 197; MÜNZEL: NJW 1959, 604; a.M.: bereits mit Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids trete die Nichtigkeit ein: LANGE: AcP 152, 264; LANGE: DVBl 1957, 251; CLASEN: SKV 1959, 203

getretene Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht auf; jedoch wird eine Neuvernahme durch die neu erteilte Genehmigung gedeckt⁽¹⁾.

Wegen der Versagung der Genehmigung kann nur die Gemeinde vor dem Verwaltungsgericht gegen die Aufsichtsbehörde klagen⁽²⁾.

Fehlt die objektivrechtlich geforderte Genehmigung (Einwilligung) der Aufsichtsbehörde, so ist die Zuordnung der Rechtsfolgen aus dem nicht genehmigten Rechtsgeschäft gehindert, weil eine einzelne (Rechts-) Wirksamkeitsbedingung fehlt, der Tatbestand jedoch voll erfüllt ist⁽³⁾.

bb) Dieser Zuständigkeitsfehler ist weniger relevant und evident und bewirkt deshalb nicht Nichtigkeit, sondern schwebende Unwirksamkeit. Die Wirksamkeit (Rechtsfolgezuordnung) des noch nicht genehmigten Rechtsgeschäfts ist durch die Zustimmung (Genehmigung oder Einwilligung) der Aufsichtsbehörde bedingt. Der § 104 nwGemO steht dieser Ansicht nicht entgegen, weil die hier ausgesprochene Nichtigkeit das nicht genehmigte Rechtsgeschäft betrifft, ohne etwas über die Vorstufe dieser Nichtigkeit auszusagen^{(4) (5)}.

1) so BULLINGER: DVBl 1957, 766 f; a.M. GROSDIDIER 42; HAUEISEN: NJW 1957, 385

2) ZUHORN 162; WIEDERHOLT:SKV 1957,202; PAUL: SKV 1958, 198

3) ebenso: NAUK:JW 1936,1572; SCHLEMPP 66; LÜNENBÜRGER 172; LANGE:AcP 152,243 f.; DIEKAMP 140; BECKER: KomHdb I 172; RGZ 157,207: vertragliche Willenserklärung ist noch nicht wirksam (!).

4) vgl. Erlaß des nwInnMin: KomRspr Erlasse Nr.30.

5) so im Ergebnis: NAUK:JW 1936,2508; GROSDIDIER 14; HELFRITZ Vertretung 127 Anm 2; FRIEDRICHS 78; LANGE: AcP 152,245; SCHLEMPP 63; ELLERINGMANN:StuSev 1935, 445; BEITZKE:MDR 1953,1; DIEKAMP 141; WESSEL 137; WILD:NJW 1955,693; MUNTZKE-SCHLEMPP 1117; BULLINGER: DVBl 1957,761; CLASEN:SKV 1959,203; HELMREICH-WIDTMANN vor Art. 56 Erl 3 d S. 413; a.M. für NW unter Hinweis auf § 104 nwGemO: ALTHAUS Recht 141; FISCH 122; KOTTENBERG § 104 Erl 1; KÖTTGEN:KomHdb I 226, 376; ZUHORN 66

Genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte sind nur dann nichtig, wenn beide Vertragsteile das Genehmigungserfordernis von Anfang an bewußt mißachten wollen⁽¹⁾.

2. aa) Ein Zusammenwirkgebot an Verwaltungsleiter und Bürgerrepräsentation ergibt sich, wenn der Verwaltungsleiter als ausführende Behörde - nicht nur als vollziehender Organteil⁽²⁾ - kraft ausdrücklicher Bestimmung der Verfassung⁽³⁾ anstelle des kollegialischen Gemeindevorstands die Außenvertretung ausübt⁽⁴⁾. Doch gilt dies nur, wenn in dem Rechtsgeschäft einer der genau umschriebenen Sachverhalte enthalten ist, dessen Regelung kraft ausdrücklichen organisatorischen Rechtsatzes dem kollegialischen Gemeindevorstand zur nicht übertragbaren Beschlußfassung vorbehalten ist (sog. Negativkatalog⁽⁵⁾) und somit nicht etwa durch internen Organisationsakt dem Verwaltungsleiter zur Entscheidung übertragen werden konnte. Geschäfte der laufenden Verwaltung sowie dringliche und unaufschiebbare Entscheidungen (zB §§ 28,55 nwGemO und Art 36,1 bayGemO) unterliegen diesem Vorbehalt nicht^{(6) (7)}.

1) BGH:MDR 1951, 153

2) s. o. S. 43 ff, 55, 69, 107, über Zusammenwirkgebot: s. o. S. 23, 55, 58f, 70

3) DIEKAMP 65 Anm 1: nicht nur interne Verwaltungsvorschrift.

4) zum Theorienstreit über dieses Problem s. o. S. 89 ff

5) über die Gegenstände des Negativkatalogs:

SCHNEIDER: KompolBl 1956, 906; vgl. o. S. 58

6) so im Ergebnis: ELLERINGMANN revDGO 64, AV 116; WILD: NJW 1955, 694; SOMMER:StTg 1957, 6: Zusammenwirken von Rat und Verwaltungsleiter; BOHLEY:BayBm 1953, 245, 267; MASSON Art. 29 Erl 3, Art. 38 Erl 2; bayObLGZ 1952, 271; ebenso auch für Nds: KÖTTGEN:KomHdb I 375: soweit die Gemeinde auch innerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Rats vom Verwaltungsausschuß vertreten wird, ist dieser an einen Ratsbeschluß gebunden; a.M. ALTHAUS Recht 148

7) Die ausschließliche Beschlußzuständigkeit des kollegialen Gemeindevorstands bedingt das Zusammenwirkgebot nur für den Abschluß des kausalen Rechtsgeschäfts, sofern dessen Erfüllung durch ein abstraktes Rechtsgeschäft geschieht; so ELLERINGMANN:StuSev 1935, 489; a.M. SCHNEIDER:KompolBl 1956, 906.

Das bedeutet, daß der Verwaltungsleiter, soweit er nicht Gemeindevorstand, aber Behörde und nicht nur Organteil des Gemeindevorstands ist, mit dem (kollegialischen) Gemeindevorstand zusammenwirken, d.h. sich auf die Beschlußzuständigkeit des Vorstands stützen muß, sofern er sich nicht auf eine generell-abstrakte Zuständigkeitsnorm, die den Beschluß des Vorstands durch die Entscheidung des Verwaltungsleiters (zB bei dringlichen und laufenden Verwaltungsgeschäften) ersetzt⁽¹⁾, oder auf die Vermutung der Zuständigkeit des Verwaltungsleiters⁽²⁾ berufen kann.

Wegen seiner rechtsgestaltenden Wirkung ist der Zustimmungsbeschluß des kollegialischen Gemeindevorstands unwiderruflich, sobald er ordnungsgemäß verkündet worden ist. Seine nachträgliche Aufhebung oder Vernichtung läßt den Bestand des Rechtsgeschäfts, zu dem die Zustimmung einmal erteilt worden ist, unberührt⁽³⁾.

bb) Ohne die erforderliche Zustimmung, d.h. ohne das erforderliche Zusammenwirken, ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam; durch die endgültige Versagung der Zustimmung wird es nichtig. Dem Rechtsgeschäft fehlt eine einzelne, die Zuordnung hemmende Voraussetzung, damit der im übrigen existente und zugerechnete Tatbestand wirksam, d.h. mit einer

1) s. HEINIGER 201.

2) s. o. S.23

3) SCHOPLOCK: prVB1 1911, 644

dem Inhalt entsprechenden Rechtsfolge verbunden werden kann (1)(2)(3).

- 1) so im Ergebnis: bayObLG: BayBm 1953, 60; bayVwGH: VwRspr 10, 93; 9, 497; BÖHM: AöR 21, 222; LÜNENBÜRGER 174; DIEKAMP 60; WESSEL 113 für die revDGO; SOMMER: StTg 1957, 6: Zusammenwirken; BOHLEY: BayBm 1953, 245, 267; WILD: NJW 1955, 694; FECHTRUP 55: Grundlage des Außenvertretungsakts; ELLERINGMANN revDGO 64; AV 116; HÖLZL-ROLLWAGEN Art. 38 Erl 2; HELMREICH-WIDTMANN Art. 29 Erl 6 b S. 226, vor Art. 56 Erl 3 d S. 413; unklar KÖTTGEN: KomHdb I 225: Beschlüsse der Gemeindevertretung müssen beachtet werden, KÖTTGEN: KomHdb I 376: schwerlich generelle Nichtigkeit; MUNTZKE-SCHLEMPP 795 ebenso für alle Fälle, wo das Gesetz ausdrücklich die Zustimmung oder Genehmigung der Gemeindevertretung verlangt; zB §§ 77, 130, 51 Nr. 16 u. Nr. 17 heGemO; ebenso auch für Nds hinsichtlich des ndsRats: KÖTTGEN: KomHdb I 375: soweit Gemeinde auch innerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Rats von dem Verwaltungsausschuß vertreten wird, ist dieser an den Ratsbeschluß gebunden; a.M. BGH: DVBl 1958, 512 m. Anm. v. ODENBREIT; RICHTER: RVBl 1931, 685 unter Berufung auf OG Danzig: RVBl 1931, 641: Wirksamkeit der durch Organe vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird nicht durch Genehmigungsmängel beeinflusst; SCHNEIDER: VwArch 15 (1907), 255; HELFRITZ Vertretung 71, A Str 90; KOTTENBERG § 28 Erl 7; WALZ: KomHdb I 266 f; ALTHAUS Recht 148; SALZMANN-SCHUNCK § 50 Erl 2: Bindung an Zustimmung anderer Organe ist Internum; WESSEL 117: gültig; CAPPELLER: MDR 1956, 8; HAMEL: DVBl 1955, 798; IM HOF: Fleiner-Festgabe 115: die Behörden vermögen, auch wenn ihnen die Entscheidungsbefugnis fehlt, gültige Rechtsgeschäfte zustande zu bringen, insoweit sie sich im Rahmen ihres sachlichen Geschäftskreises halten.
- 2) Die Anhänger der sog. Legitimationslehre vermuten die Erfüllung des Zusammenwirkgebots bei Einhaltung der Formvorschrift für besondere Verpflichtungserklärungen (s.o. S. 90 Anm. 2): SCHREIBER: DNotz 1911, 510; FISCHER: RVBl 1940, 259, 307; KRÜGER 38, 48; WESSEL 140
- 3) wie hier auch HEINIGER 201 f. für das Gemeinderecht der Schweizer Kantone: Die Außenvertretung stellt stets den Vollzug eines Beschlusses eines Gemeindeorgans dar, sei es der Bürgerschaft, sei es des Gemeinderats (= Verwaltungsausschuß) selber. Der Gemeinderat bedarf zur Vertretung nach außen stets einer Ermächtigung oder eines Auftrags, sei es durch einen bestimmten Gemeindebeschluß (auch allgemeiner Grundbeschluß), sei es durch eine generell-abstrakte Norm. Will der Gemeinderat auf rechtsgeschäftlichem Wege eine Verpflichtung eingehen, so muß er sich stützen können entweder auf eigene Kompetenz oder auf Beschluß des mit der notwendigen Kompetenz ausgerüsteten Organs.

Die Regelung entspricht in der Wirkung der privatrechtlichen Stellvertretung ohne Vertretungsmacht⁽¹⁾, darf ihr gleichwohl nicht gleichgesetzt werden; denn der Zustimmungsbeschluß des mitwirkenden Organs ist keine Erteilung einer Vertretungsmacht⁽²⁾.

V. Berufung auf Zuständigkeitsfehler

Wenn sich die Gemeinde auf einen organ-schaftlichen Zuständigkeitsfehler beruft, kann ihr der Geschäftsgegner nicht entgegenhalten, daß sie gegen den auch im Rechtsverkehr mit Gemeinden geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieße (Einwand der unzulässigen Rechtsausübung), sofern die Zuständigkeitsregelung, gegen die verstoßen wurde, durch organisatorischen Rechtssatz - nicht durch interne Verwaltungsvorschrift⁽³⁾ - begründet ist.

Durch den Einwand unzulässiger Rechtsausübung kann die zwingende, allgemeinverbindliche rechtssatzmäßige und organisatorische Zuständigkeitsordnung nicht verändert werden⁽⁴⁾;

1) BGHZ 6,333; GROSDIDIER 15; NAUK:JW 1936,1572

2) s. IM HOF 117.

3) Hier wird der Einwand zugelassen:

RGZ 169,334; OGHZ 2,330.

4) WOLFF:MDR 1953,167; WILD:NJW 1955,694;
RGZ 169,324

die Berufung auf Treu und Glauben vermag nur ungünstige Rechte negativ zu hemmen, aber nicht günstige Normen positiv zu begründen⁽¹⁾.

-
- 1) wie hier im Ergebnis: RGZ 157,207: bei Genehmigungserfordernis keine Berufung auf Treu und Glauben; die vertragliche Willenserklärung ist noch nicht wirksam; RVwG 1,58 f; OGHZ 1,242; BGHZ 6,333; BGH: LM § 36 revDGO; BGH:NJW 1952,1130 für den Fall der Kollektivvertretung (Gesamtwaltung); BGH:VwRspr 4, 392; OLG Braunschweig:MDR 1950,237; LG Aurich:NJW 1951,723; OLG München:MDR 1953,165; BVwG 3,199; GROSDIDIER 62; NAUK:JW 1936,2508 unter Berufung auf RG:JW 1926,1826: gegenüber aufsichtsbehördlicher Genehmigung, die fehlt, ist die Einrede unzulässiger Rechtsausübung nicht zugelassen; GRAFE:NJW 1951,724; WESSEL 99; MUNTZKE-SCHLEMP 790,1118; SALZMANN-SCHUNK § 115 Erl 2; WOLFF:MDR 1953,167; BOHLEY:BayBm 1953, 245; BEITZKE:MDR 1953,2 f. für Gesamtwaltung und fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung; HURST: KompBl 1951,245; BEITZKE:MDR 1949,104; WILD:NJW 1955,693: nach der Grundregel des RG ist die Berufung auf Treu und Glauben möglich bei Vorliegen eines bloßen Formmangels, jedoch ausgeschlossen bei einem Verstoß gegen Zuständigkeitsregelungen, die auf Rechtssatz beruhen. Das Genehmigungserfordernis ist Zuständigkeitsregelung, der gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagt! Die fehlende Vertretungsmacht ist durch die Berufung auf Treu und Glauben nicht ersetzbar (unter Berufung auf bayObLGZ 1952,271); HAMEL:DVBl 1955,797: Entscheidungen außerhalb der Vertretungsmacht werden nicht durch Treu und Glauben gedeckt. Eine Vertretungsmacht kann nicht aus Treu und Glauben entstehen; RÖMER:DNotZ 1956,360; HELMREICH-WIDTMANN vor Art. 56 Erl 3 d; DIEKAMP 55 Anm 2: der Gutgläubensschutz kann nicht über die objektiven Vertretungsmachtsgrenzen hinausgehen. Treu und Glauben sind auch bei Vertretung ohne Vertretungsmacht möglich, aber nur sehr eingeschränkt; ders. 73: Berufung auf Treu und Glauben erst innerhalb der objektiven Grenzen der Organisationsnormen möglich, d.h. erst dann, wenn die Organisationsnorm selbst eine dem Vertretungsmachtschein entsprechende Regelung der Vertretungsmacht zuläßt; Genehmigung kann nicht durch Berufung auf Treu und Glauben ersetzt werden wegen ihres Kontrollzwecks; a.M.: NIPPERDEY:JZ 1952,577,581; SCHOLZ: NJW 1950,83: Genehmigungserfordernis ist eine Formvorschrift oder ihr entsprechend zu behandeln; SCHOLZ:NJW 1953,962: auch das Fehlen der Vertretungsmacht kann nicht im Widerspruch zu Treu und Glauben geltend gemacht werden; HAMEL:DVBl 1955,797 für Gesamtwaltung; ENNECCERUS-NIPPERDEY I 2 S.797 gegen BGHZ 5,205; OLG Celle:NJW 55,714 f.: Fall der Erklärungshaftung

VI. Vollmachtsfehler

a) 1. Einem anstelle der Gemeinde tätigen Stellvertreter kann die Vertretungsmacht ganz oder teilweise fehlen mit der Rechtsfolge, daß das getätigte Rechtsgeschäft ganz oder teilweise der Gemeinde nicht zugeordnet wird. Der nicht zugeordnete Rechtsakt ist bedingt wirksam (zunächst schwebend unwirksam), d.h. noch nicht wirksam, weil die Genehmigung des Vertretenen als Wirksamkeitsvoraussetzung noch aussteht.

2. Dieser Fall vollmachtloser Stellvertretung richtet sich nach den Vorschriften des BGB⁽¹⁾. Auf Grund einer unzulässigen Generalvollmacht abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind wirksam⁽²⁾. Im Fall eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht (zB Kollusion) ist das Rechtsgeschäft gemäß § 138 BGB nichtig⁽³⁾.

b) Die Gemeinde darf sich auch unter der Herrschaft des Grundsatzes von Treu und Glauben auf den Mangel der Vertretungsmacht berufen, weil der Gegner durch den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wohl ein ihm ungünstiges Recht (negativ) hemmen, aber nicht die Vertretungsmacht (positiv) begründen kann. Die fehlende Vertretungsmacht kann durch die Berufung auf Treu und Glauben nicht ersetzt werden.

1) NAUK: JW 1936, 1575

2) so BOHLEY: BayBm 1953, 269; a.M. STEFFENS: DJZ 1935, 607

3) s. o. S. 61, 107

§ 12. Form- und Verfahrensfehler

I. Form und Verfahren sind Angelegenheiten des formalen, d.h. nicht den materiellen Inhalt betreffenden Rechts. Die Form regelt die Kundgabe oder die Äußerung des im betreffenden Verfahren gebildeten Willens. Die Form bezeichnet somit das Sein, das Verfahren das Werden des kundgegebenen Willens; die Form ist die Gestalt des Resultats, das Verfahren die Gestaltung.

a) 1. Ein Formfehler haftet an dem Außenvertretungsakt, wenn bei der Tatbestandssetzung durch den Organwahrer oder Stellvertreter eine rechtssatzgemäße Vorschrift nicht beachtet worden ist, die die Form des im Rechtsakt geäußerten Willens bestimmt. Hier interessieren nur die kommunalrechtlichen, personen-(verfassungs-)rechtlichen Formen, nicht die privatrechtlichen, geschäftsrechtlichen⁽¹⁾.

2. Kommunalrechtliche Formvorschriften sind: Anordnung der Schriftform, Zeichnung durch zwei Gesamtwahrer, Beidrückung des Dienstsiegels, Beifügung der Amtsbezeichnung und Angabe des Auftragsverhältnisses⁽²⁾.

3. Im Privatrecht bewirkt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 125 BGB) die Nichtbeachtung der geschäftsrechtlichen Formvorschriften die Nichtigkeit des formfehlerhaften Rechtsgeschäfts; nur in ausdrücklichen, gesetzlich genau umschriebenen Einzelfällen schwebende Unwirksamkeit (durch Erfüllung bedingte Wirksamkeit) - so zB gemäß §§ 313 II, 518 II, 766 Satz 2, 2301, 1756 I BGB und § 15 IV 2 GmbHG⁽³⁾.

Auch die kommunalrechtlichen, verfassungsrechtlichen Formvorschriften sind zwingend und bewirken - sofern sie nicht nur Ordnungsvorschriften, sondern Rechtssätze

1) s. o. S. 95

2) s. o. S. 92, 101

3) Daraus einen allgemeinen Grundsatz zu machen, hat die Rechtsprechung mit Recht ständig abgelehnt; vgl. SCHOLZ: NJW 1950, 82 Anm 7; a.M. JANSEN: RVBl 1935, 652.

sind - die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das ohne Beachtung dieser Formvorschriften zustandegekommen ist⁽¹⁾. § 125 BGB ist hier nicht unmittelbar anwendbar⁽²⁾. Alle nicht den kommunalrechtlichen Formvorschriften entsprechenden, nichtigen Erklärungen sind nicht nachträglich durch Erfüllung heilbar⁽³⁾.

1) s. o. S. 95

2) s. o. S. 96

3) so im Ergebnis, zT unter Anwendung von § 125 BGB: RG:RVBl 1935,598; RGZ 139,64; SCHOPLICK:prvBl 1911, 644: Nichtbeobachtung der Form macht den Vertrag nichtig gemäß § 125 BGB; keine Partei ist gebunden; SCHNEIDER:JW 1935,2030: Folgen nach § 125 BGB, weil kommunalrechtliche Formvorschriften zugleich Klarstellungs- und Schutzfunktion haben; NAUK:JW 1936, 1572: gemäß § 125 BGB wirkt die formfehlerhafte Erklärung nicht, gleich ob der oder die Unterzeichner Vertretungsmacht haben oder nicht. Die Formverletzung ist nicht heilbar durch nachträgliche oder zusätzliche Maßnahmen eines legitimierten Vertreters der Gemeinde, auch nicht durch nachträgliche Genehmigung; GROSDIDIER 28; HELFRITZ 21; HILD 15; KRÜGER 28: RG nimmt an, daß auch landesgesetzliche Formvorschriften unter § 125 BGB fallen; STEFFENS:DJZ 1935, 607; SCHLEMP 88: ein genehmigungsfähiges Geschäft liegt nicht vor; WESTERMANN:ERMAN § 125 Erl 1 unter Hinweis auf KG:JW 1920,153; ZUHORN 143: unheilbare Nichtigkeit; ELSNER:KomHdb I 322: Nichtigkeit nach § 125 BGB; BEITZKE:MDR 1953,3: gemäß § 125 BGB, keine Heilung durch Erfüllung; DIEKAMP 64,73; WESSEL 96; MUNTZKE-SCHLEMP 785: § 125 BGB; FISCH 80; FRÖHNERBRAN 279,353; HURST:KmpolBl 1951,245; KOTTENBERG § 56 Erl 7; SALZMANN-SCHUNCK § 50 Erl 2; MASSON Art. 38 Erl 7; EHLREICH-WIDTMANN vor Art.56 Erl 3 d; BOHLEY:BayBm 1953,267; BERKENHOFF:Gem 1954,177; a.M.: GROSDIDIER 28 insoweit, als er sagt, daß ausnahmsweise eine Heilung zuzulassen sei, wenn entweder die Gemeinde allein oder die Gemeinde und der Vertragsgegner die ihnen aus dem Rechtsgeschäft obliegenden Verpflichtungen erfüllt haben; ebenso SCHNEIDER:JW 1935,2031: bei beiderseitiger Erfüllung entfällt Zweck der Formvorschrift, deshalb Heilung und keine Rückforderung; dennoch ist Gemeinde auch nach Annahme der Gegenleistung aus dem formnichtigen Verträge nicht verpflichtet, andernfalls könnte der Dritte durch Erfüllung die Verpflichtung der Gemeinde herbeiführen; ähnlich auch SCHLEMP 90; LÜNENBURGER 182; JANSEN:RVBl 1935,652; generell Heilung durch Erfüllung im Interesse der Verkehrssicherheit.

Die Einhaltung von Formvorschriften der Gemeindeordnungen kann niemals Zuständigkeitsfehler heilen oder die fehlende Zuständigkeit ersetzen⁽¹⁾.

b) Der Berufung der Gemeinde auf Formfehler kann gemäß § 242 BGB nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem auch die Gemeinde im Privatrechtsverkehr untersteht⁽²⁾, der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden⁽³⁾; denn die verfassungsrechtlichen Form-

- 1) so SCHLEMP 84; BEITZKE:MDR 1953,3 Ziff.3; BOHLEY Bay Bm 1953,267; s.auch o.S.89 (eingehend).
- 2) so BGHZ 21,65; NIPPERDEY:JZ 1952,577; BEITZKE:MDR 1953,1; SCHOLZ:NJW 1953,961; HAMEL:DVBl 1955,797; RÖMER: DNotZ 1956,359; a.M. NAUK:JW 1936,2510.
- 3) so im Ergebnis: RGZ 96,315; 107,811; 121,14 mit Einschränkungen: gegenüber der Berufung auf einen Formmangel ist die Einrede der Arglist unzulässig, es sei denn, daß der Verpflichtete zur Außerachtlassung der Form geradezu verleitet hat und den Formmangel nachher doch vorschützt; BGH:KomRspr § 56 Nr.10; BGH:NJW 1954,793; BGH:DVBl 1956,579; BAG 2,58; 5,58; OLG Celle: KomRspr § 56 Nr.6; LG Lübeck:MDR 1952,745; OLG Celle:NJW 1955,714: macht aber in Verkennung der Bedeutung der Formvorschriften die Anwendbarkeit abhängig von einer Bewertung der Rechtssubjekte und von der Frage, ob das Rechtsgeschäft mehr den privaten oder öffentlichen Interessen dient; OESTERLING:RVBl 1935,918; HILD 32; GROSDIDIER 61; SCHOLZ:NJW 1950,83; 1953,963; ODENBREIT 267; NIPPERDEY:JZ 1952,577; BERKENHOFF:Gem 1954,177; WESSEL 98; WILD:NJW 1955,695: wie § 313 BGB zum Schutz vor Übereilung und Klarstellungsfunktion, deshalb Anwendung von § 242 BGB; HAMEL:DVBl 1955,797: wenn reine Formvorschrift mit Kenntlichmachungszweck; RÖMER:DNotZ 1956,360.
a.M.: OLG Braunschweig:MDR 1950,237; LG Aurich:NJW 1951,723; FRIEDRICHS 68; BEITZKE:MDR 1949,104; 1953,1; HURST:KompBl 1951,246; SALZMANN-SCHUNCK § 50 Erl 3; MUNTZKE-SCHLEMP 790: weil öffentlich-rechtliche Formvorschrift; HELMREICH-WIDTMANN vor Art. 56 Erl 3 d; ELSNER:KomHdb I 322: Berufung auf Treu und Glauben ausgeschlossen, weil Formvorschrift die Bedeutung hat, die Gemeinde gegen mißbräuchliche Vertretung durch unzuständige Vertreter zu sichern; CAPELLER:MDR 1956,8: wenn Form Zuständigkeitsregelung ist, ist Berufung auf Treu und Glauben unzulässig, zulässig nur bei Schutzfunktion; HAMEL:DVBl 1955,797: wenn durch Formvorschrift Vertretungsmacht geregelt wird (dazu s.o.S.91); NAUK:JW 1936 unter Berufung auf RG:JW 1935,505: nur bei schuldhaft erregtem Irrtum (s.o.RGZ 121,14); so auch RG:JW 1936, 1826: Berufung auf Formnichtigkeit unzulässig, wenn Vertragsgegner fahrlässig über Formerfordernis irregeführt worden ist (ebenso LG Altona:GemTg 1937,53); noch enger GRAFE:NJW 1951,724: nur wenn Abgabe der formfehlerhaften Erklärung in der Absicht, sich auf Formnichtigkeit zu berufen, wenn Geschäft ungünstig ist (vgl. auch SCHLEMP 91).

vorschriften sind keine Zuständigkeitsregelungen, sondern dienen einem den geschäftsrechtlichen Formvorschriften ähnlichen Normzweck⁽¹⁾.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wirkt zB bei ausdrücklicher mündlicher Billigung durch die zuständigen Vertreter der Gemeinde⁽²⁾, beim Fehlen (nur) von Dienstsiegel⁽³⁾ oder Amtsbezeichnung sowie im Falle beiderseitiger Vertragserfüllung⁽⁴⁾.

Von der Frage der Berufung auf die Formnichtigkeit muß die Haftung aus anderen Rechtsgründen unterschieden werden⁽⁵⁾.

II. Verfahrensfehler

a) Das Verfahren ist die formalrechtlich geordnete Methode zur Bildung und Gestaltung des im Rechtsakt geäußerten Willens. Relevante Verfahrensfehler sind Abweichungen von den rechtssatzmäßigen Vorschriften, die für das Werden des Rechtsakts aufgestellt worden sind, oder doch von rechtsordnungsgemäßen Grundsätzen der Willensbildungsmethode; eine Abweichung ist zB die Weisungsgebundenheit des einen

Gesamtwalters an den anderen, wenn kollegialistische Gesamtwaltung angeordnet ist⁽⁶⁾; denn der erkennbare Sinn der Gesamtwaltung ist die Kontroll- und Hemmungswirkung bei der Abgabe von für die Gemeinde uU risikoreichen und lastenbringenden Verpflichtungserklärungen.

b) Das Verfahren betrifft im Gegensatz zu Zuständigkeit, Vertretungsmacht und verfassungsrechtlicher Form ein Internum der Verwaltung; die Fehlerhaftigkeit des

1) s. o. S. 89

2) BGHZ 21, 65

3) BGH: DVBl 1958, 512

4) GROSDIDIER 28, LÜNENBÜRGER 182, DIEKAMP 158, 73: Zweck der Formvorschriften Schutz vor Übereilung, dieser Zweck ist bei Erfüllung erledigt, daher dann Berufung auf Treu und Glauben möglich.

5) WILD:NJW 1955, 696

6) s. o. S. 97

Verfahrens ist für den mit der Gemeinde kontrahierenden Dritten idR nicht übersehbar. Verfahrensfehler lösen deshalb interne Rechtsfolgen (Haftung des Organwalters, Disziplinarmaßnahmen) aus, berühren aber nicht die Wirksamkeit des Rechtsakts gegenüber dem Dritten, sofern nicht andere rechtssatzmäßig normierte Unwirksamkeitsgründe (zB bei Kollusion) hinzutreten.

III. Erkennbarkeitsfehler⁽¹⁾

Zu den formalrechtlichen Vorschriften gehört auch das Gebot der Erkennbarkeit des Vertreterhandelns. Bei der unmittelbaren Stellvertretung verlangt die Rechtsordnung, daß die Erklärungen objektiv als auf den Vertretenen bezogen zu erkennen sind. Das gilt auch für organschaftliches Handeln, weil es ein Fall unmittelbarer Vertretung ist⁽²⁾. Die Erkennbarkeit ist gewahrt, wenn äußere Anzeichen - wie zB Briefbogen oder andere objektive Umstände - für die Fremdwirkung sprechen⁽³⁾. Bei fehlender Erkennbarkeit gilt § 164 II BGB entsprechend⁽⁴⁾: die Erklärung wird nicht der Gemeinde zugerechnet oder zugeordnet, sondern dem Erklärenden.

§ 13. Inhaltsfehler iWS

I. Willensfehler

- a) Ein Willensfehler ist eine den Inhalt des Rechtsakts materiell betreffende Abweichung von den durch die Rechtsordnung gestellten Anforderungen hinsichtlich seines subjektiven Ursprungs (zB Irrtum).
- b) Welche Willensfehler relevant und mit welcher Rechtsfolge für den willensfehlerhaften Rechtsakt sie verknüpft sind, ergibt sich für das privatrechtliche Handeln und Erklären der Gemeinde aus den Bestimmungen

1) dazu: MUNTZKE-SCHLEMP 748

2) BGHZ 2, 142; OGH: NJW 1949, 710; ENNECCERUS-NIPPERDEY I 2 S. 762

3) RGZ 140, 338

4) BGH: zitiert bei MUNTZKE-SCHLEMP 749 Anm 3

des BGB.

c) Weil die Gemeinde als Juristische Person elementar nicht willensfähig ist, sondern den Willen der Organwalter leiht, kommt es für die Fehlerhaftigkeit nur auf den Willen des handelnden, erklärenden Organwalters an (entsprechend § 166 II BGB)⁽¹⁾.

d) Nicht hierher gehört die Behandlung des Falls, daß ein Außenvertretungsakt (Erklärung) ohne oder gegen den Willen des kollegialen Gemeindevorstands abgegeben wird⁽²⁾.

II. Inhaltsfehler ieS

a) Inhaltsfehler ieS sind Abweichungen von solchen Anforderungen der Rechtsordnung, die an den Inhalt iWS des Rechtsakts materiell hinsichtlich des in ihm geäußerten Zwecks oder der Mittel zur Erreichung der gewollten Rechtsfolge gestellt werden (zB Sittenwidrigkeit, Wucher).

b) Relevanz und Rechtsfolgen solcher Inhaltsfehler ieS bestimmen sich für Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde nach den Rechtssätzen des BGB. Auch hier kommt es auf Kenntnis, Wissen und Wollen des jeweils handelnden Organwalters an, sofern nicht bereits ein objektiver Umstand nach dem BGB zu einer abweichenden Rechtsfolge führt.

Hierher gehört der Fall der Kollision zwischen Interessen des Vertreters und des Vertretenen (zB § 181 BGB). Die Außenvertretung muß von persönlichen Interessen unbeeinflusst sein⁽³⁾. Weiter sind der Mißbrauch von Zuständigkeit oder Vertretungsmacht (§ 138 BGB)⁽⁴⁾ und die bewußte Umgehung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung⁽⁵⁾ Fälle solcher Inhaltsfehler.

1) SCHOPLICK: prVB1 1911,644; LÜNENBÜRGER 181

2) dazu s. o. S. 39 ff, 57 ff, 112 f

3) MUNTZKE-SCHLEMPF 751, 754

4) dazu s. o. S. 61, 107, 117

5) dazu s. o. S. 110 f

III. Zulässigkeitsfehler

a) In den Gemeindeordnungen ist das Gebot an die Gemeinden enthalten, so zu wirtschaften, daß das Gemeindevermögen mit möglichst geringen Kosten den größtmöglichen Ertrag erbringt (statt vieler §§ 93, 94 heGemO). Außerdem sind überall Vorschriften des Haushaltsrechts zu finden⁽¹⁾. Gegen diese Gebote verstoßende Rechtsgeschäfte sind zwar intern unzulässig und führen zu haftungs- und disziplinarrechtlichen Konsequenzen, aber nicht extern unwirksam⁽²⁾.

Anders sind Rechtsgeschäfte zu beurteilen, die gegen ein absolutes rechtssatzmäßiges Verbot verstoßen. Sie sind gemäß § 134 BGB nichtig. Solche Verbote gibt es im Gemeindewirtschafts- und Gemeindefinanzrecht (zB Monopolmißbrauchsverbot in §§ 134, 104 heGemO, §§ 133, 97 ndsGemO sowie die Fälle des Art. 24 bayGemO)⁽³⁾.

IV. Kapitel. Der rechtswidrige Außenvertretungsakt

Der rechtswidrige Außenvertretungsakt ist kein Rechtsgeschäft und deshalb eigentlich nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung; aber er kann im Gefolge rechtsgeschäftlicher Vertretung auftreten und soll darum hier erörtert werden als eine Art der fehlerhaften Außenvertretung im Privatrechtsverkehr der Gemeinden.

1) im einzelnen s. ALTHAUS Recht 137, FRÖHNER-BRAN 99 ff.

2) WOLFF Vertretung 280: ebenso wie ein Organ(walter)-akt, der die Interessen der Juristischen Person verletzt, wird ihr ein Akt zugerechnet, durch den Berechtigungen und Verpflichtungen der allgemeinen Rechtsordnung versäumt werden; denn die Zurechnung findet erst in der aus der übergeordneten Rechtsordnung folgenden Vertretungsmacht (oder deren Vermutung) ihre Grenze; LÜNENBÜRGER 171 Anm 46; KÖTTGEN:KomHdb I 226: ohne Rechtswirkung gegenüber dem Erklärungsgegner ist eine Verletzung einschlägiger Ordnungsvorschriften, die insbesondere auf dem Gebiet der Vermögensbewirtschaftung die Regel sind.

3) vgl. dazu im einzelnen KÖTTGEN:KomHdb I 225,376.

§ 14. Haftungsgrundlagen

I. Rechtswidriges Verhalten ist von der Rechtsordnung wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder Gebot (nicht aber gegen eine Formvorschrift) mißbilligtes Verhalten.

II. Rechtsfolgen rechtswidrigen Verhaltens, d.h. Gegenwirkung auf objektives Unrecht, sind entweder

- a) der Anspruch des Gegners auf Herstellung des rechtmäßigen Zustands (zB §§ 862, 1004 BGB) oder
- b) 1. der Anspruch des Geschädigten auf Wiederherstellung des früheren Zustands oder stattdessen Geldersatz (Schadensersatz) - idR als Gegenwirkung auf subjektiv rechtswidriges (= schuldhaftes) Verhalten: privatrechtliches Delikt gemäß §§ 823 ff. BGB - außer § 833 BGB - oder Forderungsverletzung; oder
2. die Pflicht zum Schadensersatz auch ohne Verschulden, zB wegen
erlaubten Eingriffs in fremde Rechte aus überwiegendem öffentlichem oder privatem Interesse (§§ 904, 867 BGB, § 26 GewO); wegen rechtmäßigen, aber gefährlichen Verhaltens (sog. Gefährdungshaftung); wegen
nicht berechtigter Selbsthilfe (§ 231 BGB) und Erwirkung unberechtigter Gerichtshilfe (§§ 945, 717 II, 302 ZPO); wegen
Abgabe fehlerhafter Willenserklärungen (negatives Interesse gemäß §§ 119, 120, 122, 118, 179 II, 409 BGB); wegen
freiwilliger Aufopferung von Vermögenswerten im fremden Interesse (§§ 670, 683 BGB, §§ 700 f. HGB).

III. a) Haftungsgrundlage für organschaftliche rechtswidrige Außenvertretungsakte sind die §§ 31 und 89 BGB⁽¹⁾ - übrigens die einzigen rechtssatzmäßigen Äußerungen des BGB über die Art des Handelns und Wirkens der Juristischen Person im Privatrecht. Die Bestimmungen betreffen die negative Kehrseite der privatrechtlichen Außenvertretung. Ihr erkennbarer Zweck ist die Gleichstellung der Juristischen Person des öffentlichen Rechts mit der Juristischen Person des Privatrechts und mit der natürlichen Person. Privatrechtliches Verhalten jeder Person soll gleicherweise denselben (Haftungs-)Regeln unterstehen⁽²⁾.

b) Für die Organisation der Juristischen Person folgt daraus, daß es für sie eine rechtlich besonders behandelte Form des Handelns durch einen anderen gibt neben der allgemein möglichen Stellvertretung. Diese Sonderform ist die zur Gleichstellung erforderliche fiktive Verknüpfung (Zurechnung) des Verhaltens von "verfassungsmäßig berufenen Vertretern" zur Juristischen Person. Davon streng zu unterscheiden in Begründung und Wirkung ist das stellvertretende Handeln und Erklären von nicht "verfassungsmäßig berufenen Vertretern" anstelle der Juristischen Person.

Die haftungsrechtlichen Auswirkungen dieser Unterscheidung sind erheblich. Für Forderungsverletzungen durch "verfassungsmäßig berufene Vertreter" haftet die Juristische Person nach § 278 wie § 31 BGB in demselben Umfang; aber für unerlaubte Handlungen des "verfassungsmäßig berufenen Vertreters" haftet sie nicht nach § 831 BGB mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises, sondern ohne Exkulpationschance nach § 31 BGB. Für andere Vertreter, Verrichtungs-, Erfüllungsgehilfen, tritt Haftung gemäß § 278 bzw. § 831 BGB ein.

1) vgl. GROSDIDIER 47; BOHLEY:BayBm 1953, 218; FISCH 137.

2) Auch Haftung ist Zuordnung einer (aber nicht der gewollten) Rechtsfolge.

c) "Verfassungsmäßig berufene Vertreter" im Sinne von § 31 BGB sind auf Grund der Verfassung, auch durch verfassungsmäßig vorgesehenen Amtsauftrag⁽¹⁾ berufene Organwalter, die in Ausübung einer organschaftlichen Wahrnehmungszuständigkeit zur Außenvertretung mit von außen erkennbarer, relativer Selbständigkeit, d.h. mit Verantwortung für einen Kreis von Geschäften (wenn auch unter interner Oberaufsicht oder Weisungsgebundenheit) handeln⁽²⁾. Die Haftung für Organwalterhandeln tritt nur ein, wenn der Schaden durch eine "in Ausführung" einer dem "verfassungsmäßig berufenen Vertreter" zustehenden Verrichtung begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung verursacht wurde. Alle mit dem verfassungsmäßigen Zuständigkeitsbereich zusammenhängenden, auch die Zuständigkeitsordnung verletzenden, d.h. zuständigkeitsfehlerhaften Handlungen liegen in diesem Sinne im Bereich der "Ausführung zustehender Verrichtungen". Die Überschreitung der Zuständigkeit ist bedeutungslos für die Haftung, sofern die Handlung objektiv noch im Geschäftskreis des Organs bleibt⁽³⁾⁽⁴⁾;

so zB das Handeln nur eines Organwalters, wenn kollegialische Gesamtwaltung angeordnet ist.

d) Die Regelung der organschaftlichen Haftung umfaßt alle allgemeinen Haftungstatbestände, wie sie für jedes andere Rechtssubjekt auch zur Verantwortlichkeit führen würden; nicht aber § 839 BGB als besonderen Haftungstatbestand, auch dann nicht, wenn ein Beamter fiskalisch gehandelt hat⁽⁵⁾.

1) wie hier: GROSDIDIER 7; HILD 24; HELFRITZ Vertretung 110; a.M. SCHLEMPF 33; DIEKAMP 129, der den Beauftragten gleichwohl organschaftliche Stellung zubilligt; BOHLEY:BayBm 1953,268 auch für die Ersatzwalter; MUNTZKE-SCHLEMPF 762: Vertretungsmacht beruht auf dienstlichem Auftrag und nicht unmittelbar auf Gesetz; LÜNENBÜRGER 87, 187; WESTERMANN: ERMAN § 89 Erl 2 unter Berufung auf RGZ 53, 280; 74,23; 91,3

2) vgl. RGZ 157,236; 162,166; HILD 24.

3) BGH:DVBl 1956,579; WESTERMANN:ERMAN § 31 Erl 3

4) vgl. zum Ergebnis: RGZ 102,170; 162,207; GROSDIDIER 49; HILD 24; SCHLEMPF 95.

5) RGZ 131,249; 148,292; BERKENHOFF: Gem 1954,178

Haftungstatbestand für unerlaubtes Handeln im Privatverkehrsverkehr ist stets nur der § 823 BGB, ohne daß der Juristischen Person die Haftungserleichterungen des § 839 BGB zugute kommen⁽¹⁾; jedoch wirkt sich die Anwendung der Subsidiaritätsklausel in § 839 BGB aus, wenn der Anspruch gegen die Juristische Person gemäß § 31 (§ 89) BGB besteht (= anderweitiger Ersatz)⁽²⁾.

Die Erfüllung des allgemeinen Haftungstatbestands muß in vollem Umfang objektiv und (soweit gesetzlich vorausgesetzt auch) subjektiv rechtswidrig sein. Nicht jede verpflichtende Zusage ergibt einen für § 31 BGB relevanten Haftungstatbestand⁽³⁾.

Weil die Organschaft eine Art der Vertretung ist, kann § 179 BGB für sich alleine kein Haftungstatbestand für § 31 BGB sein⁽⁴⁾. Nur wenn das unzuständige Handeln überdies den Tatbestand einer rechtswidrigen Handlung verwirklicht, haftet die Juristische Person für das vollmachtlose Handeln des Organwalters gemäß § 31 BGB.

Inhalt und Umfang der Haftung nach § 31 BGB sind dieselben wie der jeder allgemeinen Haftung. Organwalter und Juristische Person können gesamtschuldnerisch verantwortlich sein. Schuldhaftes Handeln des Organwalters wird idR im Innenverhältnis den Organwalter gegenüber der Juristischen Person regreßpflichtig machen.

§ 15. Haftung für rechtsgeschäftliches Handeln

I. Die Forderungsverletzung

Eine Forderungsverletzung ist der subjektiv und objektiv rechtswidrige Verstoß gegen eine besondere (relative), nur die Geschäftspartner eines Rechtsgeschäfts betreffende Verhaltensnorm, die kraft einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung besteht (relatives Unrecht)⁽⁵⁾;

1) RGZ 162, 162

2) WESTERMANN: ERMAN § 89 Erl 1

3) WESTERMANN: ERMAN § 31 Erl 4; a.M. bayObLGZ 42, 254

4) RG:HRR 28, 1396, SeuffArch 82, 97

5) s. LEHMANN § 39 V 1.

zB § 276 BGB für privatrechtliche Schuldverhältnisse.

II. Das Verschulden beim Vertragsschluß:
culpa in contrahendo

a) Aber nicht nur innerhalb einer bereits bestehenden Sonderverbindung tritt die Haftung für rechtswidriges Verhalten ein. Bewußt begonnene Vertragsverhandlungen erzeugen, selbst wenn sie nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung (Vertrag) führen, ein dieser ähnliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten, das sie (und ihre gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB) zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet und sie bei subjektiv und objektiv rechtswidriger (vorsätzlicher oder fahrlässiger)⁽¹⁾ Verletzung dieses Gebots (§ 276 BGB) zum Ersatz des (Vertrauens-)Schadens - idR des negativen Interesses (§ 249 BGB) - verpflichtet. Vertrauensschaden ist der Schaden, der vor der endgültigen Ablehnung einer Sonderverbindung dem schuldlos auf den Abschluß vertrauenden Geschäftsgegner infolge seines Vertrauens entstanden ist⁽²⁾.

b) Das Verhalten kann sich auf die Schaffung der Sonderverbindung oder auf Neben-(Sorgfalts-, Erhaltungs-) Pflichten beziehen.

Der erste Fall bildet die Tatbestände der Erklärungs- haftung:

1. die Haftung für das schuldhaft verursachte Nicht- zustandekommen:

wenn im Geschäftspartner das Vertrauen auf die Gültigkeit eines in Wahrheit (zB wegen Zuständigkeits- oder Formfehlers⁽³⁾) nicht zustandegewordenen Vertrages erweckt wird und dieser dadurch zu Aufwendungen veranlaßt wird; oder

1) RILK:JW 1936,1827 unter Berufung auf RG:JW 1936, 97: Haftung auch ohne Verschulden.

2) RGZ 162,156; GROSDIDIER 48; ERMAN § 276 Erl 8

3) RILK:JW 1936,1827

2. die Haftung für die durch unzulässige Beeinflussung des Geschäftspartners verursachte Schaffung einer nachteiligen Sonderverbindung:

wenn der Geschäftspartner veranlaßt wird, von einem günstigen Vertragsabschluß Abstand zu nehmen oder einen nachteiligen Vertrag oder einen Vertrag abzuschließen, der bei pflichtgemäßer Offenbarung der wahren Sachlage einen anderen Inhalt bekommen hätte.

In diesen Fällen haftet die Gemeinde (nur) für Vertrauensschaden (=negatives Interesse)⁽¹⁾, wenn die Vertragsverhandlungen von vertretungsberechtigten⁽²⁾ Organwaltern oder bevollmächtigten Stellvertretern geführt worden sind⁽³⁾;

-
- 1) BGHZ 6,333 nach RGZ 162,129: nur negatives Interesse; BGH:KomRspr § 56 Nr.5: insoweit keine Haftung, als der aus culpa in contrahendo hergeleitete Anspruch auf das Erfüllungsinteresse für eine nicht in der vorgeschriebenen Form übernommene Verpflichtung geht; MUNTZKE-SCHLEMPF 793: nur negatives Interesse, Vertrauensschaden, der dem Geschädigten durch seine im Vertrauen auf die Gültigkeit veranlaßten Maßnahmen entstanden ist; BEITZKE:MDR 1953,3: Vertragsverhandlungen bedürfen nicht der erschwerenden Form, deshalb soweit Zuständigkeit gegeben, Haftung auf negatives Interesse; a.M. NIPPERDEY:JZ 1952,581: wenn das Rechtsgeschäft bei ordnungsgemäßen Verhalten rechtswirksam zustandegekommen wäre, Haftung auf positives Interesse.
- 2) BGHZ 6,334: durch Tätigkeit eines unzuständigen Organs nicht zum Schadensersatz verpflichtet; BGH:KomRspr § 56 Nr.5: Haftung setzt voraus, daß der für die Gemeinde Verhandelnde hierzu bevollmächtigt war, nicht daß er Abschlußvollmacht hatte oder diese in der Form des § 56 nWGemO erteilt worden war.
- 3) so im Ergebnis: RGZ 114,160; BGHZ 21,65; HILD 32; SCHOPLICK:prVBl 1911,645; WILD:NJW 1955,696; SALZMANN-SCHUNCK § 50 Erl 3; grundsätzlich bejahend, doch auf Mitverschulden verweisend: SCHLEMPF 98; a.M. OLG München:MDR 1953,165: keine culpa in contrahendo; HURST:KompBl 1951,247 unter Hinweis auf RG:SeuffArch 82,97

zB wenn der zuständige Organwalter das Vorliegen einer erforderlichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung vorgetäuscht hat⁽¹⁾.

§ 16. Haftung für unerlaubtes Handeln⁽²⁾

I. Allgemeine Haftung

Die unerlaubte Handlung (privatrechtliches Delikt) ist der schuldhafte Verstoß gegen eine Norm des allgemeinen Verhaltens (absolute Verhaltensnorm), wodurch als Rechtsfolge ein selbständiger Ersatzanspruch des Geschädigten begründet wird (absolutes Unrecht); zB die §§ 823 ff. BGB außer § 833 BGB⁽³⁾. Die Abgabe zuständigkeits- oder formfehlerhafter Erklärungen allein ist noch nicht Verletzung eines absoluten Rechts oder eines Schutzgesetzes. Die entsprechenden kommunalrechtlichen Sondervorschriften sind keine den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetze. Es müssen (privatrechtliche) Deliktstatbestände erfüllt sein⁽⁴⁾.

II. Die (besondere) Amtshaftung

Die form- oder zuständigkeitsfehlerhafte Abgabe einer Erklärung durch einen Organwalter kann eine Verletzung der Amtspflicht dieses Organwalters sein; aber nur für öffentlich-rechtliche Rechtsakte tritt eine Haftung nach § 839 BGB (Amtshaftung) iVm Art. 34 GG ein⁽⁵⁾.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die privatrechtsgeschäftliche Erklärungen zum Gegenstand der Untersuchungen hat, scheidet die Amtshaftung deshalb aus der Betrachtung aus.

- 1) RGZ 157,207; 162,154; OESTERLING:RVBl 1935,918; HELMREICH-WIDTMANN vor Art.56 Erl 3 d; NIPPERDEY:JZ 1952, 578: für schuldhafte Nichtherbeiführung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, bei Erregung eines Irrtums über das Genehmigungserfordernis.
- 2) vgl. GROSDIDIER 52; SCHLEMPF 95 mit Fällen aus der Rspr des RG; HELMREICH-WIDTMANN vor Art.56 Erl 5 b.
- 3) s. LEHMANN § 39 V 2.
- 4) OLG München:MDR 1953,165; OESTERLING:RVBl 1935,918; GROSDIDIER 54; HURST:KompBl 1951,246; BERKENHOFF:Gem 1954,178; SCHLEMPF 94
- 5) s. RGZ 110,293; OESTERLING:RVBl 1925,918; GROSDIDIER 56; SCHLEMPF 96; BERKENHOFF:Gem 1954,178.

V. Kapitel. Anhang

§ 17. Die Ämter

I. Zur Hebung der Verwaltungskraft kleiner Gemeinden können Einrichtungen geschaffen werden, die entweder Körperschaften des öffentlichen Rechts oder gemeinsame verwaltungsorgane oder interkommunale Zusammenarbeitsstellen sind⁽¹⁾.

1. Das Amt (= Samtgemeinde⁽²⁾) ist die gesetzliche Zusammenfassung einzelner Gemeinden zu einem Kommunalverband, zu einer Verwaltungsgemeinschaft in der Rechtsgestalt einer (nicht notwendig Gebiets-) Körperschaft des öffentlichen Rechts⁽³⁾. Die Schaffung des Amts dient der Erleichterung der Verwaltungsarbeit, der Unterstützung der Gemeindeorgane in der Verwaltungsführung, der ordnungsgemäßen Erfüllung der Auftragsangelegenheiten (vgl. § 1 schlhAmtsO). Ämter gibt es in RhPf für die Regierungsbezirke Koblenz und Trier (fakultativ auch in den anderen Regierungsbezirken) nach der rhpf AmtsO, im Saarland gemäß §§ 67 ff. saarlGemO, in NW nach der nwAmtsO, in SchlH auf Grund der schlhAmtsO und in der Form der früheren und bestehengebliebenen Samtgemeinden⁽⁴⁾ gemäß § 138 ndsGemO in Nds.

Die rhpf Bürgermeisterei, eine Verwaltungsgemeinschaft i.e.S. kann auf Antrag die Rechtsstellung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und damit die Rechtsgestalt eines Amts erlangen (§ 59 III rhpfGemO⁽⁵⁾).

1) vgl. OETTING:Rathaus 1959,222.

2) KANTEL 82 bezeichnet dagegen als Samtgemeinde eine Verwaltungsgemeinschaft in Form der Realunion; ein wieder anderer Begriff bei ZIMNIOK:BayBm 1956,208

3) ALTHAUS Recht 152; ODENBREIT 166; ELLERINGMANN Amtsverband 18; FISCH 37; GÖB:KomHdb I § 49 I 4a; KANTEL 79; SALZMANN-SCHUNCK 385; ZIMNIOK:BayBm 1956,208; BOCHALLI BesVwR II 147: Ämter sind keine Gebietskörperschaften, sondern Verwaltungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts ohne Kompetenz-Kompetenz.

4) = lockere Zusammenfassung von Einzelgemeinden unter ehrenamtlicher Leitung.

5) SALZMANN-SCHUNCK § 60 Erl 2: auch wenn Körperschaftsrechte verliehen, keine Gebietskörperschaft.

2. Im Gegensatz zum Amt dient die kommunale Verwaltungsgemeinschaft ieS⁽¹⁾ der Aus- oder Durchführung der von den einzelnen angehörigen Gemeinden je eigenständig und eigenverantwortlich gefaßten Beschlüsse. Die Gemeinschaftlichkeit kann sein:

aa) Gemeinschaftlichkeit eines Bediensteten, der für einzelne Gemeinden, die keinen Fachbeamten haben, tätig ist und Gemeindevertretung wie Gemeindevorstand auf Grund seiner besonderen Fachkenntnisse berät und unterstützt⁽²⁾;

zB der Verwaltungsaktuar, der Landesbeamter ist, gemäß § 139 I bwGemO,
der gemeinsame Fachbeamte gemäß § 69 bwGemO und Art. 42 II 2 bayGemO,
der gemeinschaftliche Gemeindebedienstete gemäß § 85 heGemO und §§ 67, 68 rhpfGemO,
der Gemeindecinnehmer in der Pfalz (nicht der besondere, § 69 III rhpfGemO) gemäß § 69 I rhpfGemO, der unmittelbarer Staatsbeamter ist⁽³⁾;

bb) Personalunion⁽⁴⁾:

zB der Bürgermeister in mehreren Gemeinden gemäß § 73 bwGemO⁽⁵⁾ und § 12 rhpfAmtsO;

cc) Gemeinschaftlichkeit des Organs⁽⁶⁾, zB der gemeinschaftliche Gemeindevorstand gemäß § 86 heGemO⁽⁷⁾,

-
- 1) vgl. WOLFF Beschlüssausschüsse 304 Anm 57: eine der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft entsprechende verwaltungsrechtliche Gemeinschaft; ODENBREIT 163: Vertragsgemeinschaft des öffentlichen Rechts.
2) FRÖHNER-BRAN 265, 317, 402, 428, 431; MUNTZKE-SCHLEMPF 827; ZIMNIOK: BayBm 1956, 209
3) FRÖHNER-BRAN 432: Einnehmerei ist staatliche Verwaltung.
4) SALZMANN-SCHUNCK 415; vgl. auch o.S.
5) FRÖHNER-BRAN 265; vgl. bwStGH: bwVwBl 1959, 138: Teilnichtigkeit von § 73, soweit auf drei Gemeinden beschränkt.
6) WOLFF Beschlüssausschüsse 304; FRÖHNER-BRAN 266, 402, 317, 429; MUNTZKE-SCHLEMPF 829; SALZMANN-SCHUNCK 415; ZIMNIOK: BayBm 1956, 208
7) über die Vertretung im Rechtsverkehr: MUNTZKE-SCHLEMPF 833

die Bürgermeisterei gemäß § 74 bwGemO, die gemeinschaftliche Bürgermeisterei gemäß § 59 rhpfGemO (s. auch § 12 I rhpf AmtsO), soweit ihr nicht Rechtspersönlichkeit verliehen ist und sie dadurch die Rechtsgestalt eines Amts gewonnen hat.

3. Weder Kommunalverbände noch Verwaltungsgemeinschaften i.e.S. sind die übrigen Formen öffentlich-rechtlicher, interkommunaler Zusammenarbeit wie z.B. Zweckverbände⁽¹⁾, Sonderverbände, der Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk⁽²⁾, und der Landeswohlfahrtsverband Hessen⁽³⁾, sämtlich Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Im Gegensatz zum Amt und zur Verwaltungsgemeinschaft i.e.S. dienen sie nicht der Verwaltung von Angelegenheiten einer jeweils selbständigen Gemeinde, sondern der Wahrnehmung von einzelnen abgegrenzten Aufgaben, die über das Gebiet einer einzelnen Gemeinde hinausgehen und nur gemeinsam sachrichtig erfüllt werden können⁽⁴⁾.

II. a) Organe des Amts sind die Amtsvertretung (bzw. der saarl. Verwaltungsrat, der schlh. Amtsausschuß) und der Verwaltungsleiter (bzw. der saarl. Amtsvorsteher, der rhpf. Amtsbürgermeister, nw. Amtsdirektor, schlh. ehrenamtliche Amtmann). Vertreter im Amt des Amts-Verwaltungsleiters sind die (hauptamtlichen) Amtsbeigeordneten (bzw. schlh. Amtsschreiber). Präsident der Amtsvertretung ist der Amtsbürgermeister (bzw. schlh. Amtmann, saarl. Amtsvorsteher), der in Rhpf. und in SchlH. zugleich Verwaltungsleiter ist, während in NW. Amtsbürgermeister und Amtsdirektor (= Verwaltungsleiter) inkompatible Organe sind.

1) KANTEL 93; BOCHALLI BesVwR II 155; KLÜBER:KomHdb I 541

2) der allerdings die Rechtsgestalt einer Gebietskörperschaft hat; so KLÜBER:KomHdb I 560, BOCHALLI BesVwR II 157

3) Nach KLÜBER:KomHdb I 564 ist dieser eine Gebietskörperschaft.

4) vgl. FISCH 176; ODENBREIT 161.

1) Die Regelung der Außenvertretung entspricht idR dem jeweiligen Gemeindeverfassungsrecht. Gemäß § 15 rhpfAmtsO iVm § 50 rhpfGemO vertritt der Amtsbürgermeister das Amt nach außen und gibt die Verpflichtungserklärungen für das Amt schriftlich und unter Beifügung von Amtsbezeichnung und Dienstsiegel ab. In SchlH können gemäß § 17 schlhAmtsO der Amtmann und (!) ein weiteres Mitglied des Amtsausschusses das Amt durch schriftliche Erklärung verpflichten. Der saarl Amts- vorsteher vertritt das Amt nach §§ 77 und 58 saarlGemO. Zur Außenvertretung zuständig ist gemäß § 2 I nwAmtsO iVm §§ 55 und 56 nwGemO⁽¹⁾ die nw Amtsvertretung, die nach der norddeutschen Ratsverfassung zugleich Amtsvorstand ist. Für sie handelt und erklärt der Amtsdirektor. Verpflichtungserklärungen, die nicht laufende Verwaltungsgeschäfte sind, müssen schriftlich vom Amtsdirektor und (!) einem weiteren vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten vorgenommen werden. Soweit zwischen Gemeinde- und Amtsvorstand Personalunion besteht (zB gemäß § 12 II rhpfAmtsO, §§ 9 I, 11 II schlhGemO; in NW anstelle des nichtigen § 60 nwGemO⁽²⁾ nicht mehr kraft Gesetzes, sondern nur nach Wahl durch die Gemeindevertretung⁽³⁾), vertritt der Verwaltungsleiter des Amts - möglicherweise in Gesamtwaltung bei besonderen Verpflichtungserklärungen - auch die amtsangehörige Gemeinden⁽⁴⁾.

2) Für amtsangehörige nw Gemeinden besteht insofern eine (unglückliche) Sonderregelung, als für besondere Verpflichtungserklärungen gemäß § 61 nwGemO, der nach dem Urteil des nwVfGH weder aufgehoben noch mit der neuen Rechtslage unvereinbar ist⁽⁵⁾, der Gemeinde-Bürgermeister und der Amtsdirektor (bei Personalunion: der Gemeindedirektor) entgegen der normalen Regelung

1) vgl. MELCHERS: StuSev 1954,5.

2) nwVfGHE 3,53

3) DIETZ: KompolBl 1954,657

4) s. OVG Münster: DöV 1952,510 Nr. 264; OVG 5,143.

5) STREITBÖRGER 130

des § 56 I nwGemO in Gesamtwaltung wahrnehmungszuständig sind⁽¹⁾, während für einfache Verpflichtungserklärungen der Gemeindedirektor zuständig ist. Diese Bestimmung entbehrt jeder Logik und ist eine unglückliche Quelle von Rechtsunsicherheit insbesondere dann, wenn keine Personalunion von Gemeinde- und Amtsdirektor besteht⁽²⁾.

§ 21. Die Landkreise

I. Der Landkreis ist die in einem bestimmten Raum, der idR zugleich Bezirk der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde ist, bestehende Gebietskörperschaft, die zugleich (im Saarl⁽³⁾) ausschließlich gemäß §§ 1, 2 I saarlKO einen Gemeindeverband darstellt und die Aufgabe hat, in ausschließlicher, universaler Zuständigkeit die überörtlichen und die Leistungsfähigkeit der dem Landkreis angehörenden Gemeinden übersteigenden örtlichen Bedürfnisse der Kreisbevölkerung zu befriedigen⁽⁴⁾.

II. Es sind drei verschiedene Kreisverfassungstypen zu unterscheiden, in Nds die norddeutsche Ratsverfassung, in He, RhPf⁽⁵⁾ und SchlH die (unechte) Magistratsverfassung und in BW, Bay, NW⁽⁶⁾ und Saarl die Bürgermeisterverfassung.

Repräsentation der Kreiseinwohner bzw. im Saarland der kreisangehörigen Gemeinden ist der Kreistag (bzw. der saarl Kreisrat). Er ist die Kreis-Vertretung, in Nds zudem Kreisvorstand.

1) ODENBREIT 235

2) ALTHAUS Recht 157; ELLERINGMANN Amtsverband 34 f.

3) nach ALTHAUS Recht 161 auch in He

4) vgl. ALTHAUS Recht 161; BOCHALLI BesVwR II 149; CANTNER:KomHdb I § 53 I; ELLERINGMANN Grundlagen 122; FISCH 116; KANTEL 85; SALZMANN-SCHUNCK 422; GÖNNENWEIN:AOB 81,220 gegen CANTNER

5) a.M. für RhPf: SALZMANN-SCHUNCK 449: der Landrat hat dieselbe Befugnis wie der Bürgermeister (ohne Begründung).

6) a.M. für NW: ELLERINGMANN Grundlagen 122

Präsident der Kreisvertretung ist der bw, bay, rhpf und saarl Landrat, der außerdem Verwaltungsleiter ist, der nds und nw Landrat sowie der schlh Kreispräsident und in He ein Kreistagsmitglied, die nicht zugleich Verwaltungsleiter sein können.

Einen Verwaltungsausschuß (Kreisausschuß), der Kreisvorstand ist, findet man in He, RhPf und SchlH; der nw und der bay Kreisausschuß sind dagegen Ausschüsse der Kreis-Vertretung.

Kreis-Verwaltungsleiter ist der bw, bay, he, rhpf, saarl, schlh Landrat bzw. der nds, nw Oberkreisdirektor. Der Kreis-Verwaltungsleiter wird von einem allgemeinen Vertreter im Amt vertreten. Der Landrat bzw. Oberkreisdirektor ist zugleich Kreis-Vorstand in BW, Bay, NW und Saarl.

III. Entsprechend dem jeweiligen Verfassungstyp wird die Zuständigkeit zur rechtsgeschäftlichen Außenvertretung wahrgenommen in

BW: vom Landrat,

Bay: vom Landrat (Art. 35 I LKO),

He: vom Kreisausschuß, für ihn und in seinem Namen handelnd der Landrat (§ 44 LKO),

Nds: vom Kreistag, für ihn handelnd der Landrat (Präsident des Kreistags) und ein weiteres Mitglied des Kreistags (§ 1 III SVG),

NW: vom Oberkreisdirektor (§ 37 LKO),

RhPf: vom Landrat im Namen des Kreisausschusses (§ 23 III LKO),

Saarl: vom Landrat (§ 13 KO),

SchlH: vom Kreisausschuß, vertreten durch den Landrat (§ 44 LKO).

§ 19. Die regionalen Gemeindeverbände

I. Die (höheren, regionalen) Gemeindeverbände sind Körperschaften des öffentlichen Rechts mit dem Recht der Selbstverwaltung; genauer: Gebietskörperschaften i.e.S. und zugleich regionale Kommunalverbände als erforderliche Glieder des Staatsverbandes (daher nicht

Zweckverbände) mit der Zuständigkeit für die primär-
originär regionalen Angelegenheiten und die sekundär-
subsidiären Ausgleichsaufgaben aus dem Bereich der
kommunalen Selbstverwaltung; wie zB Wohlfahrt, Gesund-
heits-, allgemeine Fürsorge, Kulturpflege, Wirtschafts-
förderung, Versicherungswesen, zT Straßenbau⁽¹⁾.
Diese Aufgaben sind (ausgenommen in Hohenzollern) Ge-
genstand einer enumerativen oder durch Globalklausel
beschränkten Zuständigkeit ohne Kompetenz-Kompetenz.

II. Gemeindeverbände in diesem Sinne sind

- in BW: die Hohenzollerischen Lande nach dem
hohzollSVG,
- in Bay: die Bezirke nach der bayBezO,
- in NW: die Landschaftsverbände nach der nwlVO,
- in RhPf: der Bezirksverband Pfalz (die Bildung
weiterer vorgeschriebener regionaler
Gemeindeverbände steht noch aus⁽²⁾)
nach der rhpfBezO (Teil D des rhpfSVG),
- in Nds: die Ostfriesische Landschaft⁽³⁾ nach
der ostfrVf vom 22. Oktober 1949.

Kein regionaler Gemeindeverband, sondern ein sonder-
gesetzlicher Zweckverband ist der Landeswohlfahrts-
verband Hessen⁽⁴⁾.

III. Die Verfassungen der Gemeindeverbände gehören je
nach der Zuordnung der Funktion Vorstand an die Verbands-
vertretung, den Verbandsausschuß oder den Verbands-Ver-
waltungsleiter einem je verschiedenen Verfassungstyp an.

1) ELLERINGMANN Grundlagen 127; HOPPE §§ 11, 18, 22;
KANTELE 90; NAUNIN:KomHdb I § 57 II, III; LOSCHOLDER:
VwArch 1957, 57; BOCHALLI BesVwR II 153: öffentlich-
rechtliche Körperschaft mit Recht der Selbstverwal-
tung, Gemeindeverband und Gebietskörperschaft; OVG
Münster:DVBl 1959, 109 m.zust.Anm.v. HOPPE; a.M. ALT-
HAUS Recht 177; ODENBREIT 175; KÖTTGEN:KomHdb I 193,
364

2) SALZMANN-SCHUNCK 460

3) a.M. NAUNIN:KomHdb I 483: kein regionaler Gemeinde-
verband, sondern eine landschaftliche Körperschaft
des öffentlichen Rechts.

4) vgl. KLÜBER:KomHdb I 562: mit dem Charakter einer
Gebietskörperschaft; SCHAUB:GemTg 1959, 132.

Verbandsvertretung ist der bay, rhpf Bezirkstag, der hohzoll Kommunallandtag, die nw, ostfr Landschaftsversammlung.

Verbandsausschuß ist der bay, rhpf Bezirksausschuß, der hohzoll Landesausschuß, der nw Landschaftsausschuß, das ostfr Landschaftskollegium.

Präsident von Verbandsvertretung und (!) Verbandsausschuß ist der bay, rhpf, hohzoll, nw Vorsitzende, der ostfr Präsident.

Verwaltungsleiter ist der bay, rhpf Regierungspräsident (Realunion), der hohzoll Vorsitzende des Kommunallandtages, der nw Direktor des Landschaftsverbandes, der ostfr Landschaftsamtman.

Vorstand des regionalen Gemeindeverbandes ist in Bay der Bezirkstag, in Hohzoll der Kommunallandtag (= Ratsverfassung), in RhPf der Bezirksausschuß und in Ostfr das Landschaftskollegium (= Magistratsverfassung), in NW der Direktor des Landschaftsverbandes (= Bürgermeisterverfassung)⁽¹⁾.

IV. Die rechtsgeschäftliche Außenvertretung ist zur Wahrnehmung gegeben an den Vorsitzenden des Verbandsvorstands (nicht an den Verwaltungsleiter), und zwar an den bay Vorsitzenden des Bezirkstags, den rhpf Vorsitzenden des Bezirksausschusses, den ostfr Präsidenten des Landschaftskollegiums, den hohzoll Vorsitzenden des Kommunallandtages (zugleich Verwaltungsleiter); an den Verwaltungsleiter in NW: den Direktor des Landschaftsverbandes.

In NW müssen besondere Verpflichtungserklärungen vom Landschaftsdirektor und (!) einem sachlich zuständigen Beigeordneten (Landesrat) schriftlich abgegeben werden.

Zum besonderen Schutz der Gemeindeverbände werden in Bay und RhPf Verpflichtungserklärungen abweichend von der Regelung für einfache rechtsgeschäftliche Erklärungen vom Regierungspräsidenten (Verwaltungsleiter) unterzeichnet. In Hohzoll müssen Verpflichtungserklärungen

1) a.M. für NW: ELLERINGMANN Grundlagen 126

von zwei vom Kommunallandtag dazu bestimmten Beamten oder Angestellten unterschrieben werden, sofern nicht der Vorsitzende des Kommunallandtages (allein) handelt.

In Ostfr werden Verpflichtungserklärungen vom Präsidenten zusammen mit zwei Landschaftsräten unterzeichnet.

§ 20. Berlin

I. Berlin ist - wie Hamburg, anders als Bremen - zugleich ein (Stadt-)Staat und eine (Stadt-)Gemeinde; die (Stadt-)Verwaltungsbehörden sind Gemeinde- und Staats-Organen; Landes- und Kommunalverwaltung sind nicht trennbar.

Die zwölf (West-)Berliner Bezirke werden - anders als die Hamburger Bezirke - nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung⁽¹⁾ an der Verwaltung beteiligt (Art. 50 II blnVf); sie sind aber keine eigenständigen Gemeinden, die zu einem Gemeindeverband Groß-Berlin zusammengeschlossen wären⁽²⁾; sie sind als allgemeine Unterstufe regionale Verwaltungseinheiten unter der Bezirksaufsicht des Senats, denen gewisse Selbstverwaltungsrechte eingeräumt sind. Die Bezirksverwaltungen fungieren als allgemeine Unterstufe der (stadt-)staatlichen Verwaltung nach dem Grundsatz der Einheit örtlicher Verwaltung (Dekonzentration). Nach der Neuordnung der Verwaltungsstruktur⁽³⁾ wird eine sonst in Stadt-Staaten (wie zB Hamburg) unbekannte Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Bezirksverwaltung aufgestellt⁽⁴⁾; jedoch fehlen der Bezirksverwaltung die

1) KREUTZER:DöV 1959,430 Anm 8: Selbstverwaltung im Rechtssinne scheidet aus, da der Bezirk nicht rechtsfähig ist.

2) Mißverständlich ist Art. 3 II blnVf.

3) Auf Grund von Art. 51 III blnVf sind seit 1. Januar 1959 in Kraft: blnBezVwG (zur Gestaltung der inneren Verfassung), blnAZG (zur Regelung der Beziehungen zwischen Haupt- und Bezirksverwaltung sowie zur Kompetenzaufteilung).

4) vgl. Art. 51 II 1 blnVf.

Finanzautonomie und überhaupt eine wesentliche finanzielle Dispositionsmöglichkeit, so daß im Rechtssinne nicht von Universalkompetenz die Rede sein kann⁽¹⁾.

Die Hauptverwaltung nimmt alle die Angelegenheiten wahr, die wegen ihrer übergeordneten Bedeutung oder Eigenart einer einheitlichen Durchführung bedürfen⁽²⁾.

II. Bürger-Repräsentation und Stadt-(Staat- wie Gemeinde-)Vertretung ist das Abgeordnetenhaus (= Landtag). Stadt-Vorstand ist der Senat (Verwaltungsausschuß), dessen Vorsitzender und Verwaltungsleiter der Regierende Bürgermeister ist (Magistratsverfassung).

III. Zuständig zur rechtsgeschäftlichen Außenvertretung ist der Regierende Bürgermeister gemäß Art. 43 I 1 bln Vf und der Bürgermeister als dessen ständiger allgemeiner Vertreter gemäß Art. 40 II blnVf sowie jedes Mitglied des Senats (= Senator) gemäß Art. 43 V blnVf im Rahmen seines Geschäftsbereichs⁽³⁾; denn die Senatoren als Stadtverwaltungsorgane sind zugleich oberste Landesbehörden, die im Rahmen ihres Geschäftskreises auch zur Vertretung im Privatrechtsverkehr berufen sind⁽⁴⁾.

IV. In Angelegenheiten eines Bezirks ist das Bezirksamt (= Verwaltungsausschuß) zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen gemäß Art. 58 II blnVf zuständig. Das Bezirksamt wird von dessen Vorsitzendem, dem Bezirksbürgermeister (= Verwaltungsleiter) oder von dessen ständigem allgemeinen Vertreter nach außen vertreten (Art. 58 I blnVf)⁽⁵⁾.

1) so: KREUTZER:DöV 1959,431; SANDER:KompBl 1959,310: Bezirk ist Träger bürgerschaftlicher Selbstverwaltung trotz der rechtlichen Unselbständigkeit als nicht-rechtsfähige Verwaltungseinheit (§ 2 blnBezVwG).

2) vgl. GOETZ:KomHdb I § 60 III.

3) LG Bln: JR 1954,181; LEISS 88; WIECZOREK § 51 D III e 3; a.M.: LANDSBERG-GOETZ Art.43 I: nur der Regierende Bürgermeister.

4) RGZ 20,148

5) vgl. GOETZ:KomHdb I § 60 III 7 b.

§ 21. Bremen

I. Die Freie Hansestadt Bremen ist - anders als Berlin und Hamburg - kein Stadt-Staat, sondern ein Land (Staat) und zugleich ein höherer Gemeindeverband für die beiden Stadt-Gemeinden Bremen und Bremerhaven (Art. 64, 143 breVf). Weil die Stadt-Gemeinde Bremen keine eigene Gemeindeordnung (Verfassung) hat, sind die bremischen Staats-Organen zugleich Organe der Stadtgemeinde Bremen, nicht jedoch Bremerhavens⁽¹⁾.

II. Bremische (Stadt-)Bürgerrepräsentation und Gemeindevertretung ist die Stadtbürgerschaft, bestehend aus den (nur) von den stadtbremischen Wählern (= den Einwohnern des Gebiets der Stadtgemeinde Bremen, Art. 76 breVf) in die Bürgerschaft (= Landtag) gewählten Repräsentanten (Art. 148 I 3 breVf). Verwaltungsausschuß und Gemeindevorstand ist der Senat (= die Landesregierung)⁽²⁾. Der Senat ist zugleich Aufsichtsbehörde für die Organe der Stadt Bremen. Die somit fehlende Rechtsaufsicht über die Verwaltung der Stadt Bremen wird zT durch den (zugleich kommunalen) Bremischen Staatsgerichtshof ersetzt.

III. Der Senat ist zuständig zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen gemäß Art. 118 I 2 breVf. Für ihn gibt der Präsident des Senats oder sein ständiger allgemeiner Vertreter (Art. 115 I, 118 V breVf) oder sein Vertreter im Verhinderungsfall (Art. 118 V breVf) oder ein Delegatar des Senats (Art. 118 III breVf) rechtsverbindliche Erklärungen ab. Innerhalb ihres Geschäftskreises sind auch die anderen Mitglieder des Senats - als ständige Sondervertreter des Senatspräsidenten - befugt, die Stadt Bremen nach außen zu vertreten (Art. 120 I 2 breVf)⁽³⁾.

1) Das Recht Bremerhavens wurde bereits als rein kommunales, nicht auch staatliches Recht in der Darstellung der deutschen Gemeindeordnungen berücksichtigt.

2) = (unechte) Magistratsverfassung

3) zum kommunalen Urkundsbeamten s. o. S. 80

IV. Die vierzehn bremischen Ortsämter (nach dem breOrtsämterG⁽¹⁾) sind nicht vergleichbar den Berliner Bezirken mit begrenzter Selbstverwaltung. Als relativ selbständige kommunale und Staats-Ämter (Behörden- bzw. Organ-Teile) und weisungsgebundene Außenstellen bremischer Fachbehörden nehmen sie (nur) für einige von der Innenstadt weit entfernte Stadtteile einzelne ihnen übertragene Verwaltungsaufgaben des Staates wahr⁽²⁾. Innerhalb des Kreises dieser Aufgaben vertritt der Leiter des Ortsamts, der Amtsvorsteher, oder dessen (ständiger allgemeiner) Vertreter (§ 30 III breOrtsämterG) das Ortsamt gegenüber anderen Behörden und gegenüber der Einwohnerschaft gemäß § 31 a breOrtsämterG.

§ 22. Hamburg

I. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist - wie Berlin, anders als Bremen - ein Stadt-Staat, in dem staatliche und kommunale Tätigkeit nicht getrennt werden (Art. 4 I hmbVf). Jedes Organ ist Staats- (Landes-) und Gemeinde-(Stadt-)Organ. Jedoch handeln die Organe nach außen nur als Staatsorgane⁽³⁾. Der hamburgische Stadt-Staat ist rechtlich auch eine Stadt-Gemeinde.

II. Bürgerrepräsentation und Stadt-(Staats- wie Gemeinde-)Vertretung ist die Bürgerschaft (= Landtag), deren Vorsitzender der Bürgerschaftspräsident. Verwaltungsausschuß und Stadt-Vorstand (= Landesregierung) ist der Senat, dessen Präsident, der Erste Bürgermeister, Verwaltungsleiter ist (unechte Magistratsverfassung).

III. Rechtsgeschäfte gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, den deutschen Ländern und ausländischen Staaten tätigt der Senat gemäß Art. 43 Satz 1 hmbVf durch seinen Präsidenten, den Ersten Bürgermeister, oder dessen ständigen allgemeinen Vertreter, den Zweiten Bürgermeister (Art. 41 hmbVf).

1) LOSCHELDER Nr. 5

2) vgl. ARENDT:KomHdb I § 62 III 4 a; FRIESE:Kompoll Bl 1959,422.

3) IPSEN:KomHdb I § 61 III 3 b bb

Rechtsgeschäfte, die das Vermögen Hamburgs berühren, nimmt allgemein der leitende Beamte der Finanzbehörde oder im Rahmen des jeweiligen Geschäftsbereichs der Vorsteher einer Fachbehörde vor (§§ 4, 6 I hmbVwBehG⁽¹⁾, Ziffer I Nr. 3 hmbVertretungs-AO⁽²⁾).

Privatrechtliche Willenserklärungen - auch einfache Verpflichtungserklärungen (d.h. bis zum Wert von 3000,-- DM) - können ein Senator oder ein Senatssyndikus, der gemäß Art. 47 hmbVf nicht Senatsmitglied sein darf, sowie beauftragte Beamte oder Angestellte (Ziffer II hmbVertretungs-AO), deren Namen im amtlichen Anzeiger bekanntgemacht ist, abgeben (Ziffer V Abs. 2 hmbVertretungs-AO und § 2 hmbVerpflichtungserklärungen⁽³⁾).

Privatrechtliche Verpflichtungserklärungen, die nicht laufende Verwaltungsgeschäfte sind, müssen schriftlich und in Gesamtwaltung von zwei Senatoren oder Senatsyndici abgegeben werden (§ 1 hmbVerpflichtungserklärungenG⁽⁴⁾).

IV. Die sieben hmb Bezirksämter sind als dekonzentrierte stadt-staatliche Verwaltungsbehörden zu charakterisieren (Art. 4 II hmbVf); sie sind die untere Instanz in einem dreistufigen Verwaltungsaufbau und rechtlich unselbständig. Durch das gänzliche Fehlen von Selbstverwaltungsrechten unterscheiden sie sich von den Berliner Bezirken. Nur einzelne enumerierte Aufgaben sind den Bezirksämtern zur Wahrnehmung eingeräumt worden (§ 5 hmbBezVwG)⁽⁵⁾⁽⁶⁾. Sie besitzen keine Etathoheit und unterstehen einer nur durch das Gesetz beschränkten Aufsicht des Senats.

Der Bezirksleiter oder dessen allgemeiner Vertreter im Verhinderungsfall (§ 14 II hmbBezVwG) vertreten das Bezirksamt gegenüber anderen Behörden und der Einwohnerschaft gemäß § 26 hmbBezVwG.

1) LEISS 98

2) LEISS 99

3) LEISS 101

4) zum kommunalen Urkundsbeamten s. o. S.80

5) Text des Gesetzes: LOSCHELDER Nr. 8

6) vgl. KREUTZER:DÖV 1959,432 Anm 24.

§ 23. Die sog. Deutsche Demokratische
Republik

I. Trotz der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 139 und 143 VfDDR⁽¹⁾ wird in dem für Gemeinden, Kreise und Gemeindeverbände geltenden ÖOG⁽²⁾ ganz offen von örtlichen Organen der Staatsmacht gesprochen. Die zentralistische Tendenz des Verfassungsaufbaus wird erkennbar in der vielstufigen Organbeziehung zwischen den einzelnen Verwaltungsstellen, die an die sowjetische Organlehre erinnert, nach der den Organen der den Staat aufbauenden Substrate (Gemeinden und Gemeindeverbände) Rechtspersönlichkeit zukommt⁽³⁾⁽⁴⁾.

Dementsprechend ist die Volksvertretung (für den Bezirk: der Bezirkstag; für den Kreis: der Kreistag bzw. die Stadtverordnetenversammlung; für die Gemeinde: die Gemeindevertretung bzw. die Stadtverordnetenversammlung; für den Stadtbezirk: die Stadtbezirksversammlung; § 2 ÖOG) das örtliche (Kollegial-)Organ der Staatsmacht (§ 1 I ÖOG). Organ der Volksvertretung ist der Rat (des Bezirks, des Kreises, der Stadt, der Gemeinde; §§ 4, 7a, 9, 28 I 1 ÖOG). Organe des Rats sind die Fachorgane gemäß § 35 ÖOG. Der Vorsitzende des Rats, der (Ober-)Bürgermeister (§ 29 III ÖOG) ist Vertreter des Rats gemäß § 28 V ÖOG.

1) HOCHBAUM I 2

2) HOCHBAUM III 1 a

3) vgl. MEDER:VwArch 1959,255: nicht die organisatorische Einheit, sondern der örtliche Sowjet (=Rat) ist mit dem Rechtscharakter einer Juristischen Person ausgestattet. Rechtspersönlichkeit steht nicht der Verbandseinheit, sondern einem Organ der Verbandseinheit zu. Gemeinde selbst ist nichtrechtsfähige Verbandseinheit; aaO 261: Prinzip des sog. demokratischen Zentralismus.

4) In der DDR sind die Ministerien Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Dieser Verfassungsaufbau ist kaum mit einem der in der Bundesrepublik geltenden Gemeindeverfassungssysteme vergleichbar. Allenfalls läßt sich diese Regelung als extrem monistische Ratsverfassung charakterisieren; denn alle Wahrnehmungszuständigkeiten beziehen sich auf die Organ-Zuständigkeit der Volksvertretung, die nach sowjetischem Recht Körperschaft ist.

Zur Durchführung von Aufgaben, die naturgemäß nicht ein Kollegium vornehmen kann, bedient sich der Rat, das vollziehende und verfügende Organ der Volksvertretung, des Ratsvorsitzenden als (Außen-)Vertreters (§ 28 I 1 ÖOG und § 1 Muster-ArbO⁽¹⁾). Der Rat setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden, dessen potentiellen Vertretern, den Stadt- bzw. Gemeinderäten, weiteren Ratsmitgliedern und dem Sekretär des Rats (§§ 7a, 29 II ÖOG). Der Vorsitzende wird im Verhinderungsfall vertreten von einem beauftragten Amtierenden Bürgermeister (§ 39 VI ÖOG, Ziffer I Nr.10 Beschluß über die Zusammensetzung der örtlichen Räte⁽²⁾).

II. Rechtsgeschäfte werden getätigt vom Vorsitzenden des Rats oder von seinem Vertreter im Verhinderungsfall oder von einem (vom Vorsitzenden) beauftragten Mitglied des Rats (§ 28 V ÖOG). Besondere kommunale Form- oder Verfahrensvorschriften - etwa für besondere Verpflichtungs- erklärungen - gibt es nicht.

III. Dieselbe Regelung nach dem ÖOG gilt auch für (Ost-)Berlin⁽³⁾.

1) HOCHBAUM III 4

2) HOCHBAUM III 5

3) s. GOETZ:KomHdb I 486.

L e b e n s l a u f

Ulrich Georg Wilhelm ECKHARDT,
geboren am 28. Mai 1934 in Rheine (Westfalen);
Eltern: Studienrat Heinrich Eckhardt und Frau
Gabriele geborene Dufner;
deutsche Staatsangehörigkeit.

Ausbildung:

Grundschule in Freiburg (Breisgau) von 1940 bis 1944;
Gymnasium Dionysianum Rheine von 1946 bis 1953,
Reifezeugnis vom 28. Februar 1953;
Studium der Rechts- und Staatswissenschaften sowie
der Geschichte an den Universitäten: Münster im
Sommer 1953 (1 Semester), Freiburg von 1953 bis 1955
(4 Semester) und Münster von 1955 bis 1957 (4 Se-
mester);
Erste Juristische Staatsprüfung vor dem Justiz-
prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm im
November 1957;
mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster
am 23. Juli 1960.

Berufstätigkeit:

Juristischer Vorbereitungsdienst als Gerichtsrefe-
rendar seit 1958: Amtsgericht Grönau (Westfalen),
Zivil- und Strafkammern des Landgerichts Berlin,
Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin;
in den Jahren 1959 und 1960 Assistent und Verwalter
der Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten im
Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität
Münster.

Diese Dissertation wurde von der Stiftung der
deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände zur För-
derung kommunalwissenschaftlicher Aufgaben (Berlin)
im Jahre 1961 mit einer Förderungs-Prämie ausge-
zeichnet.

